Zur Frage der analogen Anwendung des § 463, 2 BGB. bei arglistiger Vorspiegelung werterhöhender Eigenschaften.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Schwab
aus Wiesbaden
Referendar im Bezirke des Kammergerichts.

Approbiert am 2. Juni 1936.

1936
Buchdruckerei Karl Döres, Erlangen, Jägerstr. 3

1936/264

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Disposition.

§ 1. Die Streitfrage.
§ 2. Umgrenzung des Themas.
§ 3. Geschichtliches.
I. Die Regelung im römischen Recht.
II. Die Regelung im ALR.
§ 4. Allgemeine Voraussetzungen eines Analogieschlusses.
I. Das Vorhandensein einer Gesetzeslücke.
II. Das Vorhandensein eines wesensgleichen Tatbestandes.
§ 5. Die Prüfung der Gesetzeslücke.
§ 6. Die Rechtsnatur und der Zweck des Anspruchs aus § 463,2 BGB.
§ 7. Die Prüfung der Wesensgleichheit.
§ 8. Die weiteren Angriffe der Gegner des Analogieschlusses.
§ 9. Die Prüfung auf deren Stichhaltigkeit.
§ 10. Ergebnis.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0171

§ 1.

Es ist ein ständig umstrittenes und bis heute nicht einheitlich gelöstes Problem, ob der Käufer gegen den arglistig eine wertsteigernde Eigenschaft der Kaufsache vorspiegelnden Verkäufer einen Erfüllungsanspruch hat. Nachdem das Reichsgericht seine frühere Rechtsprechung, nach der es dem Käufer diesen Anspruch unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung (§§ 826, 823 Abs. 2 (§ 263 StGB), 249 BGB) gewährte, als unrichtig erkannt hatte, blieb nur noch ein Ausweg: im Wege der Analogie dem Käufer einen vertraglichen Erfüllungsanspruch entsprechend dem § 463 Satz 2 BGB zu gewähren. Diesen Weg hat das Reichsgericht nunmehr in ständiger Rechtsprechung beschritten. In der Rechtslehre wird die Zulässigkeit dieser Analogie lebhaft bestritten. Im einzelnen zu untersuchen, ob der Analogieschluß gerechtfertigt ist oder ob die dagegen vorgebrachten Einwände zu Recht bestehen, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

§ 2.

Den Tatbestand unserer Untersuchung bildet die arglistige Vorspiegelung werterhöhender Eigenschaften einer Kaufsache durch den Verkäufer. Zur genaueren Umgrenzung des Tatbestandes ist es erforderlich, die einzelnen Merkmale klar herauszustellen.

Zunächst muß es sich um den Kauf einer Sache handeln, das heißt, Gegenstand des Kaufvertrages ist in diesem Falle nur ein körperlicher, raumverdrängender Gegenstand im Sinne des § 90 BGB. Denn nur der Kauf einer Sache unterliegt den Gewährleistungsansprüchen der §§ 459 ff BGB.

Ferner muß sich die Vorspiegelung auf werterhöhende Eigenschaften der Kaufsache beziehen. Solche sind nach einer ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) und der allgemeinen Meinung in der Literatur [2]) „alle tatsächlichen und rechtlichen Ver-

---

1) RGZ. 52/ S. 1 (2), HRR. 33/ Nr. 11, OLG. Frankfurt, Main in Recht 08/ Nr. 484.

2) Staudinger-Kober § 459, IV, 4, Oertmann § 459, 5 b, RGR — Kommentar § 459, 5 a, Enneccerus-Lehmann § 108, II, 1, b,.

hältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen". [3]). Dazu gehören die Erträgnisse, die Lage und Bebaubarkeit eines Grundstücks. Nicht dagegen fällt die Vorspiegelung der Abwesenheit eines Fehlers der Kaufsache hierunter. Ein Fehler im Sinne des § 459 BGB ist eine derartige Abweichung von der normalen Beschaffenheit einer Sache, daß „der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert wird" [4]). Wird das Nichtvorhandensein eines Fehlers arglistig vorgespiegelt, so wird damit das Vorhandensein eines Fehlers arglistig verschwiegen, ein Tatbestand, der bereits im § 463 Satz 2 BGB. seine Regelung gefunden hat. Daher scheiden diese Fehler aus unserem Tatbestande aus. Werterhöhende Eigenschaften sind daher solche, die einer Sache über die normale Beschaffenheit hinaus zukommen.

Sodann ist eine arglistige Vorspiegelung der Eigenschaften erforderlich. Das bedeutet, daß bewußt der Wahrheit widersprechende Behauptungen über werterhöhende Eigenschaften der Kaufsache aufgestellt werden müssen, die den Käufer zum Abschluß des Vertrages bestimmen. Diese Erklärungen dürfen sich aber nicht zu Zusicherungen verdichtet haben. Der Begriff der Zusicherung ist leicht von den übrigen Erklärungen über Sacheigenschaften abzugrenzen, weil er in der Rechtsprechung [5]) wie in der herrschenden Meinung der Literatur [6]) eng gefaßt wird. Man versteht darunter eine vertragsmäßige Garantie, die vom Verkäufer bewußt als Teil seiner Offerte angeboten und vom Käufer als solche angenommen wurde. Die Zusicherung muß somit Bestandteil des Kaufvertrages geworden sein, weshalb sie bei Grundstückskaufverträgen auch der Form des § 313 BGB. unterliegt [7]). Dieser eben genannte Begriff der Zusicherung wird in der Literatur nur von Matthiessen [8]) bestritten unter Hinweis auf die Protokolle [9]) zum

---

3) so wörtlich RGZ. 52/ S. 2.

4) so der Wortlaut des § 459, I BGB.

5) RGZ. 52/ S. 1 (3,4), 54/ S. 223.

6) Staudinger-Kober § 459, IV, 1, S. 135.

7) Staudinger-Kober a. a. O. Oertmann § 459, 5 a, von Thur, S. 336, RGZ. 132/ S. 76 (78), 134/ S. 83 (86), RG. Warn. 1917/ Nr. 100, OLG. Kiel Seuff.-Arch. 67/ S. 358.

8) Matthiessen, JW. 1908/ S. 62.

9) Protokolle I, S. 688: „Der Auffassung des Verkehrs und Treu und Glauben entspreche es, daß derjenige, der eine Zusicherung erteile, auch uneingeschränkt dafür einstehen müsse, und jedenfalls sei im Zweifelsfalle die weitergehende Haftung des Versprechenden anzunehmen".

BGB. Allein diesen lassen sich die Motive[10]) entgegenhalten, woraus zu ersehen ist, daß man sich zur Klärung dieser Frage nicht auf die Gesetzesmaterialien stützen kann. Denn, wenn auch die Protokolle für eine weitere Fassung des Begriffs der vertraglichen Zusicherung sprechen, so erklären sich die Motive doch eindeutig für den engen Begriff der vertraglichen Garantie. Deshalb ist Matthiessens Meinung abzulehnen. Es ist daher an dem oben erörterten Begriff festzuhalten. Eine solche Zusicherung scheidet aus unserem Tatbestande aus, weil der § 463 Satz 1 BGB. für den Fall, daß die Zusicherung der Wahrheit zuwider gemacht wurde, bereits ausdrücklich einen Erfüllungsanspruch gewährt. Unser Tatbestand handelt von solchen Erklärungen und Behauptungen des Verkäufers über werterhöhende Eigenschaften, die noch nicht als zugesichert anzusehen sind.

§ 3.

I.

Das ältere römische Zivilrecht kannte in seiner Formenstrenge keinen Anspruch gegen den dolosen Verkäufer. Der Verkäufer haftete nur, wenn die Haftung für versprochene Eigenschaften der Kaufsache besonders stipuliert wurde. Die Stipulation wurde dadurch geschlossen, daß der Gläubiger, in diesem Falle der Käufer, an den Schuldner, hier der Verkäufer, eine bestimmte mündliche Frage richtete, die gewöhnlich „ . . . mihi spondes?" lautete, und der Schuldner darauf eine mündliche Antwort, wie „ . . . spondeo" gab[11]). Immer war erforderlich, daß beide Parteien sich über das Vorliegen bestimmter Eigenschaften bewußt und einig waren, daß der Verkäufer dafür einstehen sollte. In jedem Falle des arglistigen Verschweigens versagte daher diese Haftungsmöglichkeit. Die Wirkung dieser besonderen Stipulation bestand darin, daß der Käufer wenn der Verkäufer sein Versprechen nicht hielt, mit der Stipulationsklage den erwachsenen Schaden einklagen konnte.

Die nur ausnahmsweise eintretende Haftung des Verkäufers für arglistig vorgespiegelte Eigenschaften der Kaufsache erklärt sich auch noch aus dem unentwickelten Wirtschaftsverkehr der vorklassischen Zeit, demzufolge nur Barkäufe abgeschlossen wurden. Hierbei vollzog sich der Austausch von Ware gegen Geld un-

10) Motive II, S. 228: „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedenfalls nichts anderes als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaften und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehle".

11) Czyhlarz S. 208.

mittelbar. Dabei konnte der Käufer leicht das Fehlen einer ihm vom Verkäufer arglistig vorgespiegelten Eigenschaft feststellen. Er konnte im Falle des negativen Ausfalls dieser Prüfung immer noch vom Abschluß des Vertrages Abstand nehmen, da der Vertrag noch nicht zustande gekommen war. Er konnte aber auch einen anderen Kaufpreis anbieten. In keinem Falle brauchte der Käufer infolge der arglistigen Vorspiegelung geschädigt zu sein. Daher rechnet das ältere römische Recht es dem Käufer als Verschulden an, wenn er geschädigt wird, weil er den Kaufvertrag abschließt, nachdem er durch arglistige Täuschung über Eigenschaften der Kaufsache dazu bestimmt worden war. Aus diesem Grunde genießt der Käufer in diesen Fällen im älteren römischen Recht keinen besonderen Rechtsschutz.

Eine Aenderung brachte erst der spätere stark entwickelte Verkehr des römischen Weltreiches. Es ist nicht mehr möglich die Austauschobjekte, Geld und Ware, an einen Ort zu bringen. Damit besteht nicht mehr die Möglichkeit der Nachprüfung der Kaufsache auf die versicherten Eigenschaften durch den Käufer, wie beim Barkauf.

Danach war der Grund für die Schutzlosigkeit des Käufers gegenüber arglistigen Vorspiegelungen des Verkäufers entfallen. Hinzu kommt, daß die einzige Haftungsmöglichkeit in diesen Fällen, die Stipulation, keinen genügenden Schutz gewährte. Denn die Stipulationsklage stand dem Käufer nur zu, wenn der Verkäufer sich in der oben erwähnten Form der Stipulation verpflichtet hatte.

Das konnte der Käufer aber nicht erzwingen, sondern stand im freien Willen des Verkäufers. Konnte der Käufer den Verkäufer nicht zur Mitwirkung der Stipulation bewegen, so war er schutzlos. Der weiterschreitende Wirtschaftsverkehr verlangte immer dringender Schutz für den Käufer.

Die erste Fortentwicklung des römischen Rechts brachten die kurulischen Aedilen in ihren Edikten über den Marktverkehr. Die Aedilen hatten zwar nur die Aufsicht über den Marktverkehr. Zur Aufrechterhaltung der Marktordnung konnten sie außer öffentlichrechtlichen Anordnungen in ihren Edikten auch privatrechtliche Bestimmungen aufnehmen, wenn sie zur Sicherheit des Marktverkehrs erforderlich waren. So bestimmten sie in ihren Edikten für den Marktverkauf von Sklaven und Vieh, daß der Verkäufer dem Käufer alle die Mängel der beiden genannten Kaufsachen anzeigen muß, die für den Käufer beim ersten Anblick nicht ohne weiteres zu erkennen sind. Weiterhin müssen diese Mängel für die Tauglichkeit der Objekte wesentlich sein[12]). Außerdem verpflichteten die

12) Czyhlarz § 85, S. 241.

Edikte den Verkäufer, das Nichtvorhandensein solcher versteckten und nicht angezeigten Mängel durch Stipulation zu garantieren. Verletzte der Verkäufer diese Pflicht, indem er sich z. B. weigerte, die Stipulation abzuschließen, so gaben die Aedilen dem Käufer zwei Klagen wahlweise: die actio redhibitoria und die actio quanti minoris. Diese Klagen hatte der Käufer gerade in dem Falle, in dem er bisher vollkommen schutzlos war. Nämlich dann, wenn der Verkäufer eine Stipulation verhinderte. Hier wurde die Stipulation gewissermaßen von Gesetzes wegen fingiert.

Haymann [13]) weist darauf hin, daß demnach die Rechtsbehelfe der kurulischen Aedilien in zwei Fällen eingriffen. Einmal in dem Fall, daß der Verkäufer bestimmte Eigenschaften der Kaufsache garantiert hat, die Sache aber diese Eigenschaften nicht aufweist. Dann finden die kurulischen Bestimmungen Anwendung, wenn der Verkäufer, ohne eine Garantie zu übernehmen, über die Eigenschaft der Kaufsache ernst zu nehmende falsche Angaben macht, auf Grund deren der Käufer den Kaufvertrag abschließt. Dabei ist es gleich zu bewerten, ob der Verkäufer gut- oder bösgläubig handelte. Die Fortentwicklung des römischen Rechts durch die kurulischen Edikte ist besonders darin zu erblicken, daß dem Käufer auch gegen den gutgläubig, aber fahrlässig handelnden Verkäufer die actio redhibitoria oder die actio quanti minoris gewährt wurde.

Der Rechtsbehelf der kurulischen Edikte ist aber noch kein genügender. Einmal gilt die Regelung lediglich für den Marktverkehr und nur für den Verkauf von Sklaven und Vieh. Dann geben die beiden Klagen nicht den vollen Ersatz. Die actio redhibitoria verpflichtet den Verkäufer nur zur Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache. Die actio quanti minoris verpflichtet ihn zur Preisminderung. Einen Schadensersatzanspruch begründet keine von ihnen.

Das ius civile kennt eine solche Haftung nicht. Die erste Fortentwicklung bringt die Einführung der actio de dolo durch den Prätor Aquilius zur Zeit Ciceros. Mit dieser Klage konnte der Käufer gegen den eine Eigenschaft der Kaufsache arglistig vorspiegelnden Verkäufer ohne Rücksicht auf eine Stipulation vorgehen. Maßgebend für diese actio de dolo war der Verstoß des Verkäufers gegen die bona fides in diesen Fällen.

Allerdings wird diese Klage nicht aus einer allgemein rechtlich anerkannten bona fides, die jedem Vertragsverhältnis innewohnt und ein Vertrauensverhältnis der Parteien durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen schafft, abgeleitet. Vielmehr wird umgekehrt die bona fides nur in dem Falle rechtlich berücksichtigt,

---

13) Haymann, JW. 32/ S. 1865, Festg. f. RG. III, S. 336.

in dem die actio de dolo gegeben ist. Daher wurde in anderen Fällen des dolus in contrahendo ein Verstoß gegen die bona fides rechtlich nicht beachtet.

Im Laufe der Zeit wurde in die Formel der Kaufklage vom Prätor der Zusatz aufgenommen, daß der Richter ex bona fide zu urteilen habe. Nunmehr wurden die Grundsätze von Treu und Glauben allgemein bei jedem Vertragsverhältnis rechtlich berücksichtigt. Es wurde angenommen, daß die Parteien bereits dadurch, daß sie in Vertragsverhandlungen eintreten, gegenseitig bestimmte Pflichten haben, die von Treu und Glauben bestimmt werden. Dazu gehörte vor allem die Pflicht, die Gegenpartei nicht durch unwahre Angaben zu einem ihr schädlichen Vertragsabschluß zu veranlassen.

Danach mußte der Richter auch formlose Abreden berücksichtigen, die nunmehr nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte auszulegen waren. Verletzte der Verkäufer diese Pflichten, so war der Käufer nicht auf die Anwendung der actio de dolo, deren Voraussetzung in vielen Fällen nicht gegeben war, beschränkt. Vielmehr war nun bei jeder Verletzung die actio ex empto gegeben.

Danach haftete der Verkäufer für promissa und dicta [14]). Promissa sind hierbei die stipulierten Versprechen; dicta Angaben über Eigenschaften der Kaufsache anläßlich des Abschlusses des Vertrages.

Somit haben wir festgestellt, daß das klassische römische Recht dem Käufer gegen den eine Eigenschaft der Kaufsache arglistig vorspiegelnden Verkäufer die actio ex empto gewährte. Der Umfang dieser Klage war für das klassische römische Recht umstritten. Für die Frage, ob die actio ex empto das Erfüllungsinteresse oder nur das negative Interesse ersetzte, ist ihre Rechtsnatur wesentlich.

Zunächst ist zu beachten, daß die Tatsache, daß die actio ex empto eine Vertragsklage ist, noch nicht für den vertraglichen Charakter des Anspruchs im Falle der arglistigen Vorspiegelung maßgebend ist. Denn alle Vertragsklagen, die zu den actiones bonae fidei gehörten, umfaßten sowohl vertragliche als auch außervertragliche Ansprüche. Den Grund dafür, daß die Römer, auch Deliktansprüche unter Vertragsklagen faßten, kann man darin sehen, daß die actio de dolo eine infamierende Wirkung hatte, die man nicht zu sehr ausdehnen wollte.

---

14) Czyhlarz § 85, S. 241.

Ihering[15]) ist der Ansicht, daß die actio ex empto, die gegen den arglistig täuschenden Verkäufer gegeben wurde, ihrer Rechtsnatur nach eine rein vertragliche sei. Er begründet seine Meinung damit, daß in diesem Falle die Pflichten, die dem Verkäufer von der bona fides auferlegt wurden, verletzt wurden, die nach seiner Ansicht stets vertragliche sind.

Dem gegenüber sagt Mommsen[16]) m. E. zu Recht, daß man von Vertragspflichten nur dann sprechen kann, wenn sich diese Verpflichtungen aus einem rechtswirksamen abgeschlossenen Vertrage ergeben. Bei der arglistigen Vorspiegelung werden aber Pflichten verletzt, die Treu und Glauben dem Verkäufer bereits vor dem Abschluß des Vertrages auferlegen. Daher ist der Anspruch seiner Natur nach ein außervertraglicher.

Aus der Rechtsnatur der actio ex empto im Falle der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer ergibt sich, daß für den Umfang des Anspruchs, wenn nicht eine Sonderbestimmung Platz greift, das allgemeine Deliktsrecht anwendbar ist. Im allgemeinen umfaßt der Deliktsanspruch, wie sich aus D. 19,1, 21,2 ergibt, das negative Interesse, da dem Getäuschten das zugesprochen wird, „quod sua interest eum deceptum non esse". Er wird demnach so gestellt, als wäre die Täuschung nicht vorhanden. Daher kann der Käufer nach der allgemeinen Regel keinen Erfüllungsanspruch, sondern nur einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Abschluß des Vertrages entstanden ist, geltend machen.

Früher nahm man[17]) allgemein unter Berufung auf D. 19, 1, 13, pr. a. E. an, daß im Falle der arglistigen Täuschung die actio ex empto das Erfüllungsinteresse gewährte. Die genannte Digestenstelle wurde als privatrechtliche Sonderbestimmung angesehen. Ihr Grund wurde in dem Strafzweck gesehen, der nach der früheren Meinung bereits im klassischen römischen Recht gegolten haben soll.

Neuerdings wird diese Meinung abgelehnt. Haymann[18]) führt die Stelle auf eine Interpolation zurück, die unter dem Gesichtspunkt der Strafe in der byzantinischen Zeit in das klassische Recht hineingebracht worden sein soll, das frei von solchen Erwägungen gewesen sein soll. Zum Beweise dafür, beruft er sich[19]) darauf, daß Julian im Falle des arglistigen Verschweigens von Fehlern dem Käufer die actio ex empto auf Ersatz des „id quod interest non esse deceptum" gewährte.

---

15) Dogm. J. Bd. 4/ S. 1 ff.
16) Mommsen, Erörterungen S. 5.
17) Mommsen, Erläuterungen. S. 166 ff. Czyhlarz, § 85, S. 241.
18) Haymann, Festg. f. RG. Bd. III, S. 343, JW. 1932/ S. 1866.
19) Haymann, a. a. O. S. 343.

Kunkel [20]) führt die Stelle auf eine unbewußte Veränderung des klassischen Rechts durch die Kompilatoren zurück. Er ist der Meinung, daß der klassische Text durch vorjustinianische Quellenbearbeiter glossiert und abgeändert wurde, und die Kompilatoren aus Unfähigkeit, das klassische Recht zu verstehen, die Stelle falsch verstanden und wiedergegeben haben.

Damit ist dargetan, daß im klassischen römischen Recht die actio ex empto im Falle der arglistigen Täuschung das Vertrauensinteresse ersetzte.

Eine Verschmelzung der actio ex empto mit den ädilizischen Klagen bildet den Abschluß der römisch-rechtlichen Entwicklung des Kaufrechts in der nachklassischen Zeit [21]). In dieser Zeit war der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gerichtet, wie auch Haymann und Kunkel [22]) zugeben, die ihre andere Meinung nur für das klassische römische Recht aufstellen.

II.

Das preußische Allgemeine Landrecht hat die Frage des dolosen Verkäufers speziell geregelt. Auch nach dem Allgemeinen Landrecht hatte die arglistige Vorspiegelung, ebenso wie auch bereits im römischen Recht, nicht die Nichtigkeit des Kaufvertrages zur Folge. Vielmehr mußte der Käufer, der die Nichtigkeit des Vertrages herbeiführen wollte, von dem ihm zustehenden Anfechtungsrecht Gebrauch machen. Die Herbeiführung dieser Rechtsfolge stand aber im Belieben des Käufers. Er war nicht etwa darauf beschränkt. Nach seinem Willen konnte er auch am Vertrage festhalten und Schadensersatz fordern. Dieser Fall ist im preußischen allgemeinen Landrecht ausdrücklich geregelt.

Die §§ 349 bis 351 I, 5 lauten:

§ 349 I, 5.: „Jeder Betrug, wodurch jemand zur Errichtung eines Vertrages verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen".

§ 350 I, 5.: „Er kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben, und nur Ersatz des durch den Vertrag ihm entstandenen Schadens fordern".

§ 351 I, 5.: „Will er letzteres, so muß ihm der Betrüger das ganze Interesse vergüten. (§§ 286, 287)".

---

20) Kunkel, Röm. Privatrecht, S. 233; Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, 46/ S. 285 f.

21) Czyhlarz, § 85, S. 242.

22) Kunkel, Römisches Privatrecht, § 144, 5, d, (S. 235).

§ 286 I, 5.: „Aller Nachteil, welcher für jemand daraus entstanden ist, daß der andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen, wird unter dem Interesse begriffen".

§ 287, I. 5.: „Es wird also bei der Bestimmung des Interesses nicht bloß auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Kontraktes entgangenen Vorteil Rücksicht genommen".

Daraus ergibt sich eindeutig die Haftung auf das positive Interesse. Danach mußte dem Käufer das volle Interesse ersetzt werden, das er an der Erfüllung des Vertrages hatte. Er war mit anderen Worten so zu stellen, als ob die arglistigen Vorspiegelungen wahr gewesen wären. Der Schadensberechnung wurde demnach der Vertrag als abgeschlossen zugrunde gelegt, wie ihn der Käufer auf Grund der arglistigen Vorspiegelung durch den Verkäufer für geschlossen ansah. Der Verkäufer mußte daher die ihm nach diesem, nur nach der Meinung des Käufers, die allerdings durch sein arglistiges Verhalten gebildet wurde, abgeschlossenen Vertrag obliegenden Pflichten erfüllen. Da ihm die Erfüllung unmöglich war, mußte er Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten.

§ 4.

Bevor wir die eigentliche Streitfrage erörtern, seien noch einige allgemeine Betrachtungen über den Analogieschluß vorausgeschickt. Die Analogie ist die juristische Methode zur Ergänzung des Rechts.

I.

Die Anwendung der Analogie setzt zunächst eine Gesetzeslücke voraus. Das bedeutet, daß die Rechtsordnung unvollständig sein muß. Die Rechtsordnung ist der Inbegriff des zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Staate geltenden Rechts. Aus dieser Definition folgt schon, daß die Rechtsordnung als solche nicht lückenhaft sein kann, weil „die Vollständigkeit in die Begriffsbestimmung mit aufgenommen wurde und Begriffsmerkmal der Rechtsordnung ist" [23]). Andererseits folgt dies auch aus dem gewohnheitsrechtlichen Rechtsverweigerungsverbot, das jedem Richter auferlegt ist. Daher kann die Rechtsordnung als Ganzes gesehen, nicht lückenhaft, sondern nur mangelhaft sein.

Trotzdem kann man von Lücken im Recht sprechen. Doch können damit, wie soeben ausgeführt wurde, nicht Lücken in

---

23) so Elze, S. 20.

der Rechtsordnung als solcher gemeint sein, sondern nur solche bestimmter Teile der Rechtsordnung [24]).

Um die Möglichkeit dieser Lücken untersuchen zu können, müssen wir zunächst die Rechtsordnung in ihre einzelnen Teile zergliedern. Nach der eingangs erwähnten Definition ist die Rechtsordnung der Inbegriff des zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Staate geltenden Rechts. Dabei ist das Recht ein Inbegriff von Normen, die das äußere Verhalten der Menschen regeln, das seiner Quelle nach in Gesetzesrecht und in außergesetzliches Recht, wie das Gewohnheitsrecht, zerfällt. Im Hinblick auf das Endziel unserer Betrachtung beschäftigen wir uns nunmehr nur mit dem Gesetzesrecht. Dieses hat durch ausdrücklichen Akt der Staatsgewalt seine Formen erhalten. Es zerfällt in eine Fülle von einzelnen Rechtsinstituten, die verschiedene Gebiete des menschlichen Lebens regeln, wie die Ehe oder die Erbfolge. Die Einzelregelung dieser verschiedenen Institute erfolgt durch einzelne Rechtssätze. Von diesen hat jeder zwei Bestandteile, den Tatbestand und die Rechtsfolge [25]).

Der Tatbestand enthält ein äußeres Geschehen, eine oder eine Summe von Tatsachen. Die Rechtsfolge ist die Regelung, die das Gesetz für diesen Tatsachenkomplex trifft. Die Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge nennen wir Rechtssatz. Dabei ist zu beachten, daß der Rechtssatz andere als die genannten Teile nicht enthält und daß „sein Wesen in der Verbindung dieser beiden Glieder besteht" [26]). Daher würde beim Fehlen eines der beiden Bestandteile kein Rechtssatz mehr vorhanden sein. Daraus ergibt sich, daß nicht etwa beim Vorliegen eines der beiden Glieder eines Rechtssatzes und dem Fehlen des anderen eine Lücke im Gesetz vorhanden ist. Denn das selbständige Bestehen eines der beiden Glieder für sich ist undenkbar, da jeder Bestandteil nur Sinn in seiner Verbindung mit dem anderen hat [27]).

Nach dem vorausgeschickten läßt sich der Satz aufstellen, daß jede gesetzliche Regelung in der Form eines Rechtssatzes, also durch Verbindung eines Tatbestandes mit einer Rechtsfolge, erfolgt. Eine Gesetzeslücke liegt daher nur im Falle des Fehlens einer solchen Verbindung vor.

Es ist nun zu prüfen, wann ein solches Fehlen festzustellen ist. Das ist dann der Fall, wenn irgend ein bestimmter Tatbestand nicht mit einer Rechtsfolge im Gesetz verbunden ist. Wann ist aber

---

24) Elze, S. 21, Anschütz, Verw. Arch. 14, S. 322, 323.
25) Elze, S. 28.
26) Elze, S. 30.
27) Elze, a. a. O. S. 30.

ein Tatbestand mit einer Rechtsfolge im Gesetz verbunden? Das ist unter einer doppelten Voraussetzung der Fall. Einmal muß der Tatbestand alle die Elemente enthalten, die den gesetzlichen Tatbestand ausmachen. Denn enthält der Tatbestand die Bestandteile des gesetzlichen Tatbestandes nur teilweise, so liegt ein zu weiter vor, als der, an den sich die gesetzliche Rechtsfolge knüpft. Andererseits darf der Tatbestand auch keine weiteren Elemente enthalten als die des gesetzlichen Tatbestandes. Denn sonst kann sich wiederum die Gesetzesrechtsfolge aus ihm nicht ergeben. Danach ist ein Tatbestand dann gesetzlich geregelt, wenn er einem Gesetzestatbestand vollkommen entspricht, das heißt, dessen sämtliche und keine sonstigen Elemente enthält, an den vom Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge geknüpft ist[28]). Allen übrigen Tatbeständen fehlt die Verbindung mit einer gesetzlichen Rechtsfolge, ihnen fehlt eine gesetzliche Regelung überhaupt. In solchen Fällen ist eine Lücke im Gesetz vorhanden.

Allerdings muß das Fehlen der Verbindung eines Tatbestandes im Gesetz mit einer Rechtsfolge ein systemwidriges sein. Jedes Gesetz hat den Plan gehabt, alle irgendwie im Sinne des Gesetzes erheblichen Tatbestände durch Gesetz mit einer Rechtsfolge zu verbinden, was aus der Tendenz der Vollständigkeit des Kodifikationsprinzips folgt. Es ist dabei unmöglich, die unzähligen Lebenstatbestände bis in alle Einzelheiten genau in den Gesetzestatbestand aufzunehmen. Daher faßt das Gesetz nur die wesentlichen Merkmale der Tatbestände des Lebens unter Beiseitelassen aller unbeachtlichen Merkmale zu einem Gesetzestatbestand zusammen, an den es eine gemeinsame Rechtsfolge knüpft.

Eine Lücke ist danach nur dann festzustellen, wenn der vorhandene Lebenstatbestand, der nicht mit einer Rechtsfolge im Gesetz verbunden ist, in wesentlichen, das heißt im Sinne des Gesetzes rechtlich erheblichen Merkmalen von dem Gesetzestatbestand abweicht[29]). Denn anderenfalls ist der Lebenstatbestand im gesetzlichen Tatbestand mitenthalten.

Wann ist aber ein Merkmal wesentlich? Es ist davon auszugehen, daß jeder einzelne Rechtssatz in ein systematisches Gefüge eingeordnet ist und nicht ohne jeden Zusammenhang im Gesetz steht. Aus dieser planmäßigen Anlegung des Gesetzes ergeben sich einheitliche Rechtsprinzipien, die sich in jedem Rechtssatz äußern. Daher ist jedes Tatbestandsmerkmal an diesen Rechtsgrundsätzen zu messen und, wenn es ihnen entspricht, handelt es sich um ein im Sinne des Gesetzes erhebliches Tatbestandsmerkmal.

---

28) Elze, S. 35, 36.
29) Elze, S. 39.

Systemwidrig ist dagegen eine Lücke dann, wenn der Lebenstatbestand einerseits sich in wesentlichen Merkmalen von gesetzlichen Tatbeständen unterscheidet, andererseits aber es der Systematik des Gesetzes widerspricht, daß der Lebenstatbestand im Gesetz nicht mit einer Rechtsfolge verbunden ist.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß eine Lücke vorliegt, sobald die Verbindung eines solchen Tatbestandes mit einer Rechtsfolge im Gesetz nicht enthalten ist, die im Hinblick auf die Systematik und die allgemeinen Prinzipien des Gesetzes als rechtlich erheblich anzusprechen ist.

II.

Ist eine Lücke festgestellt, so ergibt sich schon aus dem Rechtsverweigerungsverbot die Notwendigkeit ihrer Ausfüllung.

Wie hat nun diese Ausfüllung zu erfolgen? Zunächst ist festzustellen, daß die Zulässigkeit des Analogieschlusses in unserer Rechtsordnung nicht verboten ist. Der § 1 des ersten Entwurfes zum BGB., der die Analogie ausdrücklich zuließ, ist später nicht mehr in die endgültige Fassung des Gesetzes aufgenommen worden, weil man ihn für überflüssig hielt [30]).

In der Literatur ist in der Beantwortung der Frage, wie eine festgestellte Gesetzeslücke auszufüllen ist, die Meinung geteilt.

Die eine Meinung [31]), die sogenannte Tatbestandsanalogie, geht von dem beschreibenden Begriff des Rechtssatzes als der Verbindung eines Tatbestandes mit einer Rechtsfolge aus. Sie sucht im Gesetz nach dem Tatbestand, in dem der allgemeine Rechtsgrundsatz des Gesetzes, dem der nicht gesetzlich geregelte Tatbestand entspricht, zum Ausdruck kommt. Ist festgestellt, daß die beiden Tatbestände, das heißt der gesetzlich geregelte und der nicht geregelte, bezüglich ihrer wesentlichen Merkmale darin übereinstimmen, daß der aus dem gesetzlichen Rechtssatz zu abstrahierende Rechtsgrundsatz den im Gesetz nicht geregelten Fall mitumfaßt, so ist nach dieser Ansicht der Analogieschluß gerechtfertigt. Das bedeutet, daß die Rechtsfolge, die an den gesetzlichen Tatbestand geknüpft ist, im Wege der Analogie auch auf den nicht geregelten Fall angewendet wird.

Die andere Meinung [32]) in der Literatur nimmt ihren Ausgang von dem funktionellen Begriff des Rechtssatzes, der Entscheidung eines rechtlichen Interessenkonfliktes. Sie wird daher Interessen-

30) Protokolle I. S. 2.
31) Regelsberger, Pandekten I, § 38,II, Bierling, IV, S. 401, 411.
32) Jhering, Zweck im Recht, Heck, Arch. f. ziv. Prax. 112/ S. 1, Stampe, DJZ. 1905/ S. 417, 713, 1017.

analogie genannt. Diese Meinung legt den Rechtssatz nicht logisch, sondern sozial[33]) aus. Voran steht die Frage nach dem Zweck des Rechtssatzes. Diese Richtung sucht daher im Gesetz einen hinsichtlich der Entscheidung über die Interessengegensätze und des Zwecks dem nicht geregelten Tatbestand ähnlichen auf und verbindet die Rechtsfolge des so im Gesetz gefundenen Tatbestandes im Wege der Analogie mit dem im Gesetz nicht geregelten Tatbestand. Dabei werden nicht nur die sozialen Interessen des einzelnen, sondern auch die der Allgemeinheit berücksichtigt.

Jede dieser Auffassungen ist für sich betrachtet unvollständig. Zu einem brauchbaren Ergebnis gelangt man nur, indem man beide Meinungen miteinander verbindet. Es muß zunächst daran festgehalten werden, daß jeder Rechtssatz im Hinblick auf seinen Zweck das Ergebnis einer Interessenabwägung ist. Diese Interessen sind aber nicht ausschließlich sozialer, sondern vor allem rechtlicher Natur. Daraus folgt, daß bei einer Vergleichung der Tatbestände alle Interessen, die rechtlichen wie die sozialen zu berücksichtigen sind. Man wird daher beide Untersuchungen anzustellen haben, die der Tatbestandsanalogie und die der Interessenanalogie, um zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen.

Zur Ausfüllung der Lücke ist daher das Aufsuchen eines dem nicht im Gesetz geregelten Tatbestand wesensgleichen gesetzlichen Tatbestandes erforderlich, dessen Rechtsfolge dann auf den nicht gesetzlich geregelten Tatbestand übertragen wird. Wesensgleich sind danach die Tatbestände dann, wenn sie solche Merkmale sowohl bezüglich der Rechtssystematik als auch hinsichtlich der sozialen Interessenabwägung gemeinsam haben, mit Rücksicht auf die der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung getroffen hat.

§ 5.

Nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten ist zunächst zu prüfen, ob eine Gesetzeslücke vorliegt, damit wir zu dem zur Erörterung stehenden Analogieschluß Stellung nehmen können.

Daher ist, wie sich aus den Erörterungen im § 4 I oben ergibt, als erstes zu untersuchen, ob ein gesetzlicher Tatbestand vorhanden ist, der unseren, im § 2 oben herausgestellten, entspricht, und an den das Gesetz die Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung knüpft.

Unter dem Vertragsrecht, insbesondere dem Kaufrecht, ist ein solcher Tatbestand nicht zu finden.

---

33) Stampe, a. a. O. S. 417.
34) RGZ. 63/ S. 268 (270).

Es bleibt noch die Möglichkeit, daß ein Deliktanspruch gegeben ist.

Zunächst ist zu bedenken, daß die arglistige Täuschung des Verkäufers den Käufer gemäß § 123 BGB. zur Anfechtung berechtigt, was nach § 142 Abs. 1 BGB. die Folge hat, daß der Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Der Käufer hat dann einen Bereicherungsanspruch, einen vertraglichen Erfüllungsanspruch hat er aber nicht. Denn dessen Grundlage, das Vorhandensein eines rechtlich wirksamen Vertrages, fehlt in diesem Fall wegen der rückwirkenden Kraft der Anfechtung.

Es fragt sich nun, ob unabhängig von diesem Anfechtungsrecht dem Käufer, der an dem Vertrage festhalten will, ein Deliktsanspruch zusteht. Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts [34]) sah zwar in den §§ 123 und 124 Spezialvorschriften gegenüber dem § 826 BGB. Dagegen wurden Bedenken in der Literatur [35]) erhoben. Es wurde hingewiesen, daß § 124 und § 826 verschiedene Voraussetzungen und verschiedene Rechtsfolgen haben. § 826 erfordert einen Schadensnachweis und das Bewußtsein der Schädigung, wirkt aber nur obligatorisch. Die §§ 123 und 124 setzen keinen Schadensnachweis voraus und wirken dagegen dinglich gegenüber jedermann. Daraus folgern die oben Genannten, daß § 826 selbständig neben den §§ 123, 124 bestehen müsse. Zu beachten ist, daß auch die Motive [36]) für diese Meinung sprechen, indem sie sagen, daß der Käufer noch nach Ablauf der Präklusivfrist des § 124 unter dem Gesichtspunkte des Delikts Schadensersatz verlangen kann. Später hat sich auch das Reichsgericht [37]) dieser Meinung angeschlossen. Man wird demnach mit der allgemeinen Meinung daran festhalten müssen, daß unabhängig von dem Anfechtungsrecht ein Deliktsanspruch besteht [38]), wenn der Käufer an dem Vertrage festhalten will. Das ist bei den von uns zu erörternden Tatbestand stets der Fall, weil der Käufer Ersatz des Erfüllungsinteresses begehrt. Da dieser Anspruch von dem Anfechtungsrecht des § 123 BGB. unabhängig ist, kann er auch nach Ablauf der im § 124 BGB. bestimmten Anschlußfrist geltend gemacht werden.

---

35) Planck. § 123, IX, 1, c, Oertmann, § 124, 4, Staudinger-Rietzler, § 123, VI, 2.

36) Motive II, S. 756, S. 20.

37) RGZ. 79/ S. 197, 84/ S. 133 (134), 103/ S. 154 (159); RG. Warn. Jahrb. 1913/ S. 15 Nr. 1 (zu § 123); RG. Recht 1924/ Nr. 786; RGR.-Komm. § 123, 5 a, Vorbem. 4 e vor §§ 823 ff; Warn.-Komm. § 123, V; Enneccerus-Nipperdey, § 164, I, 3, (S. 540).

38) RGZ. 59/ S. 155, 157; 63/ S. 110 (112); 66/ S. 335 (337); RG. JW. 1910/ S. 934 Nr. 4; 1911/ S. 398; RG. Seuff. Arch. 60/S. 442 (443, 444).

Zu prüfen ist nun, ob für unseren Tatbestand ein Deliktsanspruch gegeben ist. In Betracht kommt der Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 St.S.B. Eine Täuschungshandlung ist in der Vorspiegelung unwahrer Eigenschaften zu sehen. Die Irrtumserregung liegt auch vor, da der Käufer den Angaben des Verkäufers Glauben schenkte. Die Vermögensverfügung liegt in dem durch die Irrtumserregung bedingten Abschluß des Kaufvertrages. Auch der Vermögensschaden ist nachzuweisen. Infolge der Vermögensverfügung hat der Käufer seine Passiven erhöht, indem er sich zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtete, ohne einen entsprechenden Gegenwert zu erhalten, weil die Kaufsache weniger wert ist, als der Verkäufer angab. Daher entspricht der Kaufpreis nicht dem Wert des Grundstücks, worin der Vermögensschaden zu erblicken ist. Demnach ist ein Deliktsanspruch gegeben. Fraglich ist aber, ob dieser Anspruch dem Käufer das Erfüllungsinteresse ersetzt. Der Inhalt des Deliktsanspruchs richtet sich nach § 249 BGB [39]). Es ist danach „der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist in den Fällen der arglistigen Vorspiegelung die Täuschung [40]). Wäre sie nicht eingetreten, so wäre der Betrogene nicht zur Abgabe der Willenserklärung (der Vertragsannahme) bestimmt worden. Er kann alles zurückfordern, was infolge der Vertragsannahme aus seinem Vermögen in das des Betrügers geflossen ist gegen Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Der Deliktsanspruch ist daher auf Ersatz des sogenannten negativen Interesses beschränkt [41]). Fraglich ist daher, ob dieser Anspruch dann ohne weiteres auf Geldentschädigung gerichtet ist. Denn § 249 soll grundsätzlich den Käufer so stellen, wie er ohne den Vertrag stehen würde.

Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts [42]) hatte auch in diesem Falle einen Entschädigungsanspruch in Geld stets bewilligt.

---

39) RGZ. 59/ S. 155 (157); 63/ S. 110 (112); 63/ S. 268 (270); 83/ S. 245; 103/ S. 154 (159); RG. Warn. 1917/ Nr. 100; 1915/ Nr. 74; RG. JW. 1912/ S. 742; RG. Recht 1924/ Nr. 786; RGR.-Komm. § 123, 5, a; Vorb. 4 e vor §§ 823 ff, S. 597 oben.

40) RGZ. 59/ S. 155 (157); 83/ S. 245 (246); 66/ S. 335 (337); RG. JW. 1912/ S. 742; RG. Warn. 1912/ Nr. 292; RG. Recht 1924/ Nr. 786; RG. Gruchot 55/ S. 347.

41) RGZ. 66/ S. 335 (337); 103/ S. 154 (159); RG. Warn. 1912/ Nr. 292; 17/ Nr. 100; RG. JW. 1912/ S. 742; RGR. Komm. § 123, 5 a; Planck § 123, IX, 1, b; Staub-Heinichen § 377 HGB. Anm. 86; Enneccerus-Nipperdey § 164 Anm. 3, S. 540.

42) RG. Seuff. Arch. 60/ S. 442 (443, 444); RG. Recht 1911/ Nr. 1863; RGZ. 63/S. 110 (112); 66/ S. 335 (337); diese letzte Entsch. weicht bereits v. d. früheren Abkommen in dem sie i. F. d. § 249 nur das negat.

Diese Rechtsauffassung wurde mit Recht von der Literatur[43]) bekämpft. Es wurde vorgebracht, daß der „herzustellende Zustand" im Sinne des § 249 nicht der vertragliche Zustand, sondern gerade das „Nichtzustandekommen"[44]) des Vertrages ist. Weiter wies Geppert[45]) darauf hin, daß die Auffassung des Reichsgerichts dazu führen müßte, dem arglistig Getäuschten bei allen Rechtsgeschäften das Erfüllungsinteresse zu gewähren, ein Ergebnis, das sich nach dem BGB. nicht halten lasse. Nach diesen Angriffen unterzog das Reichsgericht seine Rechtsauffassung nochmals einer Prüfung und gab seine bisherige Meinung auf.

Heute geht die in der Literatur[46]) und Praxis[47]) einhellige Auffassung dahin, daß der gemäß § 249 auf das negative Interesse beschränkte Deliktsanspruch im Falle der Aufrechterhaltung des Vertrages durch den Betrogenen grundsätzlich nicht besteht. Denn der geschlossene Vertrag ist die durch den Schadensersatzanspruch zu beseitigende Folge des Delikts; daher kann er nicht Grundlage der Ersatzpflicht sein. Ebensowenig kann ein nur gedachter Vertrag, den der Betrogene bei Kenntnis der wirklichen Sachlage abgeschlossen haben würde, einen Ersatzanspruch rechtfertigen. Ausnahmsweise wird dann ein Anspruch auf Geldersatz gewährt, wenn der Käufer auch ohne die Täuschung einen entsprechenden Erfüllungsanspruch hatte. So in dem Falle, in dem der Käufer nachweist, daß der Vertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage auch zu den für ihn günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre. Dazu genügt nicht der Nachweis, daß er, der Käufer, einen geringeren Kaufpreis bewilligt hätte, sondern er muß weiterhin dartun, daß auch der Verkäufer zu dem niederen Preise abgeschlossen hätte. Dieser Nachweis wird dem Käufer regelmäßig nicht gelingen. Daher kann dieser Ausnahmefall bei unseren Erörterungen unberücksichtigt bleiben.

Nach alledem ist festzustellen, wie auch Staub[48]) betont, daß der Deliktsanspruch dem Käufer, der am Vertrage festhält, selbst

---

Inter. anerkennt, berechnet dies aber unt. Zugrundlegung d. f. den Betrogenen günstigeren Vertrag, ohne d. Nachweis zu verlangen, daß ein solcher zustande gekommen wäre.

43) Staud.-Riezler § 123, VI, 2; Oertmann § 463, 5, b; Geppert, Dogm. J. 64/ S. 458 f; OLG. 12/12.

44) so Oertmann a. a. O.

45) Geppert a. a. O.

46) Außer den oben Genannten; RGR.-Komm. § 123, 5, a; Planck § 123, IX, 1, c; Ennecc.-Nipperd. § 164, Anm. 3, S. 540;

47) RG. JW. 1910/ S. 934 Nr. 4; 12/ S. 742; RG. Warn. 1912/ Nr. 292; 1917/ Nr. 100; 1920/ Nr. 149; RGZ. 83/ S. 245 (246); 103/ S. 154 (159); RG. Gruchot 55/ S. 347 (350); OLG. 12/12.

48) Staub-Heinichen, § 377 HGB. Anm. 86.

bei Nachweis eines Schadens keinen Ersatz des Erfüllungsinteresses verschafft.

Es steht somit fest, daß es keinen gesetzlichen Tatbestand mit der Rechtsfolge der Schadensersatzverpflichtung wegen Nichterfüllung gibt, der unserem Tatbestand entspricht. Die erste Voraussetzung für das Vorliegen einer Gesetzeslücke ist somit gegeben.

Fraglich ist nur noch, ob die vorhandene Lücke systemwidrig ist.

Zunächst ist festzustellen, daß sich unser Tatbestand von den gesetzlichen des § 463 Satz 1 und Satz 2 BGB. in wesentlichen Merkmalen unterscheiden. Die beiden Tatbestände des § 463 stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gewährleistungspflicht des Verkäufers aus § 459 BGB. Weil dort der Verkäufer für vertragliche Zusicherungen von Eigenschaften und für Fehler der Kaufsache einstehen muß, bestimmt § 463, daß er beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften und beim Vorhandensein von Fehlern sich unter bestimmten Voraussetzungen schadensersatzpflichtig macht. Die vertragliche Zusicherung und das Vorhandensein eines Fehlers sind daher wesentliche Merkmale des § 463. Diese aber fehlen unserem Tatbestande. Daraus ergibt sich, daß unser Tatbestand nicht in den genannten gesetzlichen Tatbeständen mitenthalten ist.

Zu prüfen ist nun, ob die Nichtaufnahme unseres Tatbestandes in das Gesetz der Systematik des BGB. widerspricht. Wie sich aus den Materialien[49]) ergibt, ist der gesetzgeberische Grund für die Haftung aus § 463, daß der Verkäufer für alle die Angaben haften muß, mit Rücksicht auf die der Käufer nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte seine Entschließungen über den Kaufabschluß getroffen hat. Um solche Angaben handelt es sich aber nicht nur im Falle einer vertraglichen Zusicherung von Eigenschaften oder eines Verschweigens von Fehlern, sondern auch bei der arglistigen Vorspiegelung von Eigenschaften der Kaufsache. Denn nach Treu und Glauben durfte sich der Käufer auf die Richtigkeit dieser Angaben verlassen und entspricht der Verkehrssitte, daß er sich gerade mit Rücksicht und im Vertrauen auf diese Angaben zum Kaufabschlusse bereit findet.

Daher ist das Fehlen einer Verbindung mit einer Rechtsfolge bei unserem Tatbestand systemwidrig.

Eine Gesetzeslücke ist somit vorhanden.

---

49) Protokolle I. S. 688; Motive II. S. 229.

§ 6.

Um entscheiden zu können, ob wir die vorhandene Gesetzeslücke unter entsprechender Anwendung des § 463 Satz 2 BGB. ausfüllen können, müssen wir zunächst die Rechtsnatur dieser Bestimmung erörtern.

Diese ist sehr umstritten. Die wohl meist vertretene Meinung sieht den § 463 Satz 2 als seinem Grunde nach vertraglichen Anspruch an[50]). Zum Teil[51]) halten sie den Anspruch für einen rein vertraglichen, teils[52]) für einen zusammengesetzten Tatbestand, jedenfalls aber von überwiegend vertraglichem Charakter.

Die erstere Auffassung wird hauptsächlich von Riehl[53]) vertreten. Er geht davon aus, daß § 463 Satz 2 als Folge der Verletzung der Gewährschaftspflicht eintrete. Zwar soll die Gewährschaftspflicht selbständig neben der Leistungspflicht bestehen und sich von letzterer dadurch unterscheiden, daß der Verpflichtete nur für den Fall einzustehen habe, daß er nicht mangelfrei geliefert habe, nicht aber verpflichtet sei, eine mangelhafte Sache zu leisten[54]). Trotz dieser begrifflichen Trennung ist Riehl der Auffassung, daß die Gewährleistungspflicht echte Vertragspflicht ist. Und diese Vertragspflicht soll im Falle des § 463 Satz 2 eben verletzt sein. Daraus ergibt sich nun nach Riehls Meinung ohne weiteres die Vertragsnatur des § 463 Satz 2. Denn an jede Vertragsverletzung knüpft das Gesetz nach seiner Ansicht die Folge der Schadensersatzpflicht. Allerdings trifft das nur für den Fall zu, daß den verletzenden Teil ein Verschulden trifft. Da nun nicht jeden Verkäufer, der einen Fehler der Kaufsache verschweigt, ein Verschulden zur Last fällt, wohl aber dem arglistig Handelnden, so soll sich hieraus erklären, daß das Gesetz im Falle der Arglist einen Schadensersatzanspruch gewährt.

Nicht so weit geht Matthiessen[55]). Er glaubt aus dem Worte „Fehler" im § 463 Satz 2 schließen zu können, daß darin ein Verweis auf § 459 zu erblicken sei. Demnach soll § 463 Satz 2 das Vorliegen eines Fehlers voraussetzen, für den der Verkäufer aus dem Kaufvertrage haftet. Darum handelt es sich nach Matt-

---

50) Staud.-Riezler, § 123 VI, 3; Planck, § 123 IX, 1, d; Matthiessen, JW. 1908/ S. 62; 1913/ S. 516; Recht 1908/ S. 670; Riehl, DJZ. 1913/ S. 380; Gruchot 60/ S. 833;

51) so Riehl a. a. O.

52) so Matthiessen a. a. O.

53) Riehl, Gruchot 60/ S. 833.

54) Aehnlich entwickelt auch Max Wolff Dogm. J. 56/ S. 2 den Unterschied zwischen der Leistungs- und der Gewährleistungspflicht des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Etymologie des Wortes „Gewähr". Vgl. a. Staud. Kober, Vorb. 1, d vor § 459.

55) Matthiessen in JW. 1908/ S. 62; 1913/ S. 516.

hiessens Meinung im Falle des § 463 Satz 2, nicht um die Nichterfüllung einer Verpflichtung, die der Vertrag nicht auferlegt hat. Vielmehr soll umgekehrt § 463 Satz 2 zur Voraussetzung haben, daß ein Fehler verschwiegen ist, für dessen Abwesenheit der Verkäufer bereits vertraglich gemäß § 462 haftet[56]). Nur soll sich die Haftung im Falle des arglistigen Verschweigens über das Recht, den Kaufvertrag zu wandeln oder zu mindern, hinaus auf das Recht erhöhen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Demnach gründet sich nach dieser Ansicht die Haftung aus § 463 Satz 2 „in erster Linie auf Vertrag und die Arglist trete lediglich als der neben dem Vertrage erforderliche weitere Grund des Anspruchs hinzu[57]).

Diese Auffassungen sind aber nicht unbestritten geblieben[58]). Die Gegenmeinungen erkennen zwar an, daß der Anspruch aus § 463 Satz 2 zumindest wie ein vertraglicher Anspruch zu behandeln ist, was sich aus der Stellung im Gesetz und dem Wortlaut ergibt, da Satz 2 dem Satz 1 gleichgestellt ist. Sie verneinen aber, daß der Anspruch seiner Natur nach ein vertraglicher ist.

Nach ihrer Meinung[59]) gewährt § 463 Satz 2 einen Anspruch wegen Nichterfüllung einer strenggenommenen außervertraglichen Pflicht. Diese sehen sie darin, daß der Verkäufer den Käufer nicht durch arglistiges Verschweigen vorhandener Fehler zu einem ihn schädigenden Vertragsschluß bestimmen darf. Um den arglistigen Verkäufer uneingeschränkt haften zu lassen, gibt nach dieser Meinung das Gesetz dem Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages, den dieser ohne die positive Gesetzesbestimmung aus allgemeinen Grundsätzen haben würde. Das Gesetz hat nach dieser Meinung einen eigentlich außervertraglichen Anspruch aus gesetzestechnischen Gründen mit Hilfe der Fiktion zu einem vertraglichen Anspruch gemacht, wie es der Gesetzgeber auch an anderen Stellen (z. B. §1589 Absatz 2 BGB.) tat. Sehr gut formuliert Kiehl[60]) diese Auffassung: „Mit dem Ausspruche, daß bei Satz 2 das Gleiche gelte wie bei Satz 1, ist zum Ausdruck gebracht, daß der Fall des Satz 2 zwar grundsätzlich anders liege als der des Satz 1, daß er aber trotzdem so wie Satz 1 behandelt werden solle, kraft der Unterstellung als habe der Verkäufer die Fehlerlosigkeit zugesagt".

---

56) so auch OLG. Kiel, Schlesw.-Holst. Anzeiger 1911/ S. 139. In einer späteren Entscheidung hat aber das OLG. Kiel in Seuff. Arch. Bd. 67/ S. 139 seine Meinung grundlegend geändert.

57) Matthiessen in JW. 1908/ S. 52.

58) Jeß, Recht 1914/ S. 83; Kiehl, JW. 1914/ S. 498; Modestus-Lipsiensis, Recht 1908/ S. 500, 739.

59) vgl. besond. Modestus S. 500 a. a. O. und Kiehl a. a. O.

60) Kiehl a. a. O. S. 500.

Weiterhin wenden sich diese Schriftsteller [61]) gegen die Ansicht von Matthiessen, indem sie behaupten, daß der § 463 Satz 2 nicht zum Teile seinen Grund in § 459 Absatz 1 haben kann. Sie begründen ihre Meinung damit, daß sie sagen, die rechtliche Natur der beiden Ansprüche sei deshalb nicht die Gleiche, weil die Haftung für beide Tatbestände grundverschieden sei. Nach §§ 459, 462 habe der Käufer bei Lieferung einer fehlerhaften Sache einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Wandlung oder Minderung. Das heißt, nach seiner Wahl muß der Verkäufer damit einverstanden sein, daß der ganze Vertrag rückgängig gemacht wird, oder ein anderer Vertrag zu niederem Kaufpreise an seine Stelle tritt. Einen Anspruch auf Beseitigung des Fehlers habe der Käufer nicht. Völlig anders gestalte sich die Haftung aus § 463 Satz 2. Hier solle der Verkäufer an dem einmal geschlossenen Vertrage festgehalten werden und so haften als hätte er seine Erfüllungspflicht verletzt. Das heißt, als hätte er die Fehlerfreiheit zugesichert, sein Versprechen aber nicht gehalten. Gerade aus dieser Verschiedenheit soll sich nach dieser Meinung ergeben, daß § 463 Satz 2 unmöglich seinen Grund zum Teil in § 459 Absatz 1 haben kann.

Diese letztere Meinung verdient m. E. den Vorzug. Die angeführten Gründe für die Annahme einer fiktiven vertraglichen Rechtsnatur des § 463 Satz 2 sind sehr einleuchtend. Um so mehr wird man sich dieser Auffassung anschließen müssen, wenn man erwägt, daß die Argumente der Gegner dieser Ansicht, soweit sie noch nicht von den angeführten Verfassern widerlegt sind, sich folgendermaßen entkräften lassen.

Zunächst ist zu beachten, daß selbst Gegner [62]) des Analogieschlusses zugeben, daß es sich im Falle des § 463 Satz 2 eigentlich um „Verschulden beim Vertragsschluß, nicht aber im Rahmen einer Vertragspflicht handelt [63]). Dieser Hinweis scheint mir beachtlich zu sein und darauf hinzudeuten, daß der arglistig verschweigende Verkäufer keine vertragliche Erfüllungspflicht verletzt, sondern Pflichten, die außerhalb des abgeschlossenen Kaufvertrages begründet sind; sei es unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, sei es unter dem des Verschuldens beim Vertragsschluß.

Sodann scheint es mir des Hinweises wert, zu bedenken, daß die Schlüsse die Riehl aus seinen Betrachtungen zieht, nicht ganz folgerichtig sind. Man muß Riehl darin zustimmen, daß die Gewährshaftung, wenn sie auch kraft Gesetzes eintritt, sich doch aus

61) Jeß, Recht 1914/ S. 83; Modestus, Recht 1908/ S. 739.
62) so Oertmann § 463, 5, b, ß; v. Tuhr, S. 489.
63) Oertmann a. a. O.

dem Vertrage ergibt; so auch Reichsgerichtsräte-Kommentar [64]) und Oertmann [65]).

Wohl aber geht Riehl zu weit, indem er behauptet, daß der Verkäufer, der eine mangelhafte Sache übergebe, seine Leistungspflicht, nicht aber seine Gewährleistungspflicht erfülle und daher den Vertrag nicht erfülle, weil die Gewährleistungspflicht zugleich Vertragspflicht sei. Eine solche Auffassung verwischt die klare Scheidung zwischen der Leistungs- und der Gewährleistungspflicht. Die Gewährschaftspflicht setzt zwar einen Vertrag voraus und in soweit ist Riehl zuzustimmen. Darum ist sie aber noch keine Vertragspflicht. Eine solche ergibt sich nur aus den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Parteien. Diese sind aber für die Entstehung der Gewährschaftspflicht nicht erforderlich. Vielmehr ist diese dem Verkäufer ohne Rücksicht auf Parteiverabredungen von Gesetzes wegen, abgesehen von dem Fall der vertraglichen Zusicherung, auferlegt worden. Diese scheidet hier schon darum aus, weil sich § 463 Satz 2 nicht darauf bezieht. Daß die Gewährhaftung von Gesetzes wegen eintritt, ergibt sich schon daraus, daß es keinen vertraglichen Anspruch auf Lieferung einer fehlerlosen Kaufsache gibt und wegen mangelhafter Lieferung auch nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrages gegeben ist. Auch ist ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur in dem besonderen Falle des § 463 Satz 2 gegeben. Weiter spricht der § 433 BGB., die wichtigste Bestimmung des Kaufrechts, dagegen, daß die Gewährschaftspflicht eine Vertragspflicht ist. Nach § 433 wird der Käufer zur Eigentums- und Besitzübertragung der Kaufsache verpflichtet. Diese Pflichten erfüllt der Verkäufer auch bei Mangelhaftigkeit der Sache und weitere werden ihm nach dieser Bestimmung nicht auferlegt. Auch aus historischen Gründen ergibt sich die Unhaltbarkeit der Behauptung Riehls. Wie allgemein anerkannt ist [66]), sind die Vorschriften über den Kauf im BGB., insbesondere auch die über die Gewährschaft, mit Ausnahme der Vorschriften über den Viehkauf, dem römischen Recht nachgebildet worden. Dieses schied die Gewährleistungs- von der vertraglichen Erfüllungspflicht scharf und gab im ersten Falle die ädilizischen Klagen und im zweiten die actio ex empto. Auch wurde die Lieferung einer fehlerhaften Sache als Erfüllung angesehen [67]). Warum das BGB., ohne es ausdrücklich hervorzuheben, von dieser Regelung abgewichen sein soll, ist nicht einzusehen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß die Mo-

64) RGR. § 459, 2.
65) Oertmann, § 459, IV, 2, a.
66) Eccius. Gruchot 43/ S. 306.
67) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 36.

tive[68]) ausdrücklich sagen, daß beim Kauf die Gewährhaftung im Gegensatz zu der allgemeinen Haftung wegen Nichterfüllung eines Vertrages steht. Daher ist daran festzuhalten, daß die Gewährleistungspflicht keine Vertragspflicht ist.

Man muß auch annehmen, daß das, was allgemein von den Gewährleistungsansprüchen gesagt wurde, ebenfalls für den besonderen Fall des § 463 Satz 2 gilt. Denn, wenn der schuldlose Verkäufer — die Gewährhaftung tritt ohne Rücksicht auf Verschulden ein — mit der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache seiner vertraglichen Erfüllungspflicht genügt, so muß dasselbe für den einen Fehler arglistig verschweigenden Verkäufer gelten. Der Grund dafür ist darin zu erblicken, daß er sich nur verpflichtet hat, die Sache so zu liefern, wie sie ist. Daher ist die vom Gesetz bestimmte Gewährhaftung auch im Falle des § 463 Satz 2 keine vertragliche. Damit entfällt bereits die erste Voraussetzung von Riehls Argumentation.

Weiter kann man nicht den Schluß ziehen, daß § 463 Satz 2 seiner Natur nach ein vertraglicher Tatbestand sein müsse, weil die Gewährhaftung sich aus dem Vertrage ergebe und diese Folgerung darauf stützen, daß das Gesetz stets und nur bei verschuldeter Vertragsverletzung einen Schadensersatzanspruch gewährt. Obgleich diese letztere Ansicht an sich richtig ist, ist nicht zu verstehen, warum das Gesetz dann ausgerechnet im Falle des § 463 Satz 2 für den Eintritt der Haftung „Arglist" voraussetzt. Denn es hat im § 276 BGB. einen allgemeinen Maßstab angelegt für den Grad des Verschuldens, der Voraussetzung für den Eintritt der Haftung auf Schadensersatz ist. Es wäre dies der einzige Fall im Gesetz, bei dem nicht einmal Vorsatz zum Eintritt der Schadensersatzpflicht genügt, sondern Arglist vorliegen muß. Die Folgerichtigkeit des Schlusses, den Riehl zieht, ist schwerlich einzusehen.

Die hierdurch widerlegte Ansicht Riehls rührt wohl daher, daß er von der Rechtsfolge des § 463 Satz 2 ausgehend folgert, daß diese Folge ihre Ursache in der Verletzung einer Vertragspflicht haben muß. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist allerdings irreführend. Trotzdem ist dieser Schluß nicht berechtigt. Denn der § 463 Satz 2 enthält, wie oben gezeigt wurde, eine Fiktion. Hierbei hat der Gesetzgeber aus gesetztechnischen Gründen den Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gebraucht. Damit wollte er zum Ausdruck bringen, daß für diesen Tatbestand alle die Rechtsfolgen eintreten sollen, die sonst an die Nichterfüllung einer vertraglichen Erfüllungspflicht geknüpft sind, ohne diese Rechts-

68) Motive II, S. 478 ff.

folgen im einzelnen aufzählen zu müssen. Daher kann der Wortlaut den Schluß auf die vertragliche Haftung nicht rechtfertigen.

Auch daraus, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes Satz 2 des § 463 dem Satz 1 gleichgestellt wird, kann man nicht schließen, daß der Verkäufer eine stillschweigende vertragliche Garantie für das Nichtvorhandensein von Mängeln abgegeben hat. Denn in diesem Falle müßte schon nach § 459 Absatz 1 stets eine Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eintreten, ohne Rücksicht darauf, ob ein arglistiges Verhalten des Verkäufers vorliegt oder nicht. Darauf weisen auch die Motive [69]) ausdrücklich hin.

Damit entfällt jede Grundlage zur Annahme einer vertraglichen Rechtsnatur des § 463 Satz 2. Denn, wie wir gesehen haben, sind die Gewährleistungsansprüche, auf die man die Vertragsnatur begründen will, selbst gesetzliche Ansprüche.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes tritt die Haftung nach § 463 Satz 2 nur ein beim Vorliegen von Arglist des Verkäufers. Da das arglistige Verschweigen des Verkäufers den Käufer zum Abschluß des Vertrages bestimmen muß, wird die Arglist nicht bei der Abwicklung von vertraglichen Erfüllungspflichten begangen, sondern bereits vor dem Vertragsschluß. Daher ist die bei den Vorverhandlungen begangene, demnach außerhalb des Vertrages liegende, Arglist der wirkliche Grund der Haftung aus § 463 Satz 2 und nicht die Verletzung vertraglicher Erfüllungspflichten. Aus alledem ergibt sich, daß an der außervertraglichen Rechtsnatur des § 463 Satz 2, der nur durch eine Fiktion zu einem vertraglichen Anspruche wurde, festzuhalten ist.

Wenden wir uns nunmehr der Betrachtung über Sinn und Zweck des § 463 Satz 2 zu.

Mommsen [70]) sieht den Zweck der Haftung in der Verfolgung von Strafprinzipien, die unser geltendes Recht dem römischen Recht entnommen haben soll. Diese Ansicht begründet er damit, daß die Bestimmung des § 463 Satz 2 römisch rechtlichen Ursprungs ist. und für die Regelung im römischen Recht Strafgrundsätze maßgebend waren [71]).

Dieser Ansicht tritt Wolff [72]) entschieden entgegen. Er führt aus, daß die Verfolgung von Strafzwecken heute aus dem Gebiet des bürgerlichen Rechts herausgestellt ist und allein die Wiedergutmachung eines Schadens maßgebend ist. Er formuliert seine Ansicht sehr treffend [73]): „Zu strafen ist Sache des Strafrichters; für

69) Motive II, S. 225.
70) Mommsen, Bd. 1/ S. 167.
71) ebenso Haymann, Festg. f. RG. III, S. 343.
72) Wolff, Dogm. J. 56/ S. 1 ff.
73) Wolff, a. a. O. S. 59.

das Zivilrecht besteht nur der Grundsatz, daß der Delinquent dem Beschädigten vollen Ersatz zu leisten hat".

Dieser Meinung Wolffs ist beizutreten. Daß das römische Recht mit zivilrechtlichen Ansprüchen strafrechtliche Zwecke verfolgte, hat seinen Grund darin, daß im römischen Recht Zivil- und Strafansprüche in einer Klage miteinander verbunden waren. Außerdem lag die Strafverfolgung vornehmlich im Interesse des Geschädigten. Im heutigen Recht ist dagegen das Strafrecht ein vom Zivilrecht gänzlich getrenntes Rechtsgebiet. Insbesondere daraus, daß heute der Staat und nicht mehr der Geschädigte die Durchführung der Strafzwecke in der Hand hat, ergibt sich, daß das heutige Zivilrecht keine Strafzwecke verfolgt, sondern allein die Ausgleichung eines entstandenen Schadens. Daher kann die Bestimmung des § 463 Satz 2 keinen straflichen Zweck haben.

Um den gesetzgeberischen Sinn dieser Bestimmung zu erfahren, müssen wir die Materialien einsehen.

Die Protokolle sagen uns nichts darüber. Sie sprechen sich lediglich über den Zweck der Bestimmung des § 463 Satz 1 aus[74]).

Dagegen geben uns die Motive[75]) Aufschluß über die gestellte Frage: „ . . . so zieht der Entwurf doch mit dem geltenden Rechte nicht die Konsequenz, daß der Erwerber auf das negative Interesse beschränkt ist. Das dem geltenden Recht augenscheinlich zugrunde liegende Bedürfnis, den unredlichen Veräußerer in dem in Frage stehenden Falle wegen dessen hervorragender Wichtigkeit im Interesse tunlichster Sicherheit des Verkehrs mit empfindlichen Nachteilen zu bedrohen, verdient volle Beachtung".

An dieser Stelle sagen die Motive ausdrücklich, daß der Grund der Haftung aus § 463 Satz 2 nicht ein vertraglicher, sondern das arglistige Verhalten des Verkäufers ist. Daß trotzdem abweichend von Grundprinzipien der Anspruch nicht auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet ist, sondern ein Erfüllungsanspruch gewährt wird, muß seinen besonderen Grund haben. Dieser ist nach den Motiven folgender: man will den Betrüger mit Nachteilen bedrohen, um den redlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr zu sichern, aber nicht, um zu strafen. Der Zweck der Ausnahmebestimmung ist demnach nicht, den Verkäufer wegen seines verwerflichen Verhaltens zu bestrafen. Vielmehr soll das Prinzip von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr durchgeführt werden, und der Käufer in diesen Fällen geschützt werden. Gegen ein arglistiges Verschweigen von Fehlern kann sich der Käufer sehr schwer schützen, denn er kann sich nicht die Abwesenheit aller nur irgend

74) Protokolle I, S. 688.
75) Motive II, S. 229.

denkbaren Fehler zusichern lassen, zumal der Verkäufer ihn oft seine Mitwirkung dazu versagen wird. Dann aber lassen sich viele Mängel, die der Verkäufer kennt, denken, an die jedoch der Käufer regelmäßig nicht denken kann. Daher ist der Käufer darauf angewiesen, dem Verkäufer zu vertrauen, daß dieser nach den gebotenen Grundsätzen von Treu und Glauben handelt, damit ihm ohne sein Zutun kein Schaden entsteht. Um den Käufer wirksam zu schützen, soll das Geschäft so, wie es im Vertrauen auf das redliche Verhalten des Verkäufers von dem Käufer abgeschlossen wurde, vom Verkäufer erfüllt werden. Zur Durchführung des berechtigten Schutzes und zur Sicherung des redlichen Geschäftsverkehrs hat daher das Gesetz im § 463 Satz 2 die ausnahmsweise weite Haftung des Verkäufers angeordnet [76]).

Als Ergebnis dieser Betrachtung können wir feststellen, daß der Grund der Haftung aus § 463 Satz 2 ein außervertraglicher, und zwar eine unerlaubte Handlung beim Vertragsschlusse ist. Ihr Zweck ist der besondere Schutz der Redlichkeit im Geschäftsverkehr wegen der Gefährlichkeit dieser Handlungen.

Die Erfüllungshaftung, die den arglistig einen Fehler verschweigenden Verkäufer trifft und die bedeutet, daß er so haften muß, als hätte er die Fehlerfreiheit der Kaufsache zugesichert und nicht gehalten — d. h. als hätte er eine Vertragspflicht verletzt —, während er sich ein außervertragliches Verschulden zur Last legte, kann nur als Fiktion [77]) aufgefaßt werden. So allein läßt es sich erklären, daß der Verkäufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, obgleich er keine vertragliche Erfüllungspflicht verletzt hat.

§ 7.

Nunmehr fragt es sich, ob der Tatbestand des arglistigen Vorspiegelns einer Eigenschaft der Kaufsache dem soeben herausgestellten Tatbestand wesensgleich ist.

Wir müssen zunächst prüfen, ob die beiden Tatbestände wesentliche Elemente gemeinsam haben, oder ob vielmehr grundlegende Wesensverschiedenheit zwischen ihnen besteht.

Die oben abgelehnte Meinung [78]) stellt sich hierbei auf den von ihrer Auffassung aus richtigen Standpunkt, daß grundsätzliche Wesensverschiedenheit der beiden Tatbestände vorliege. Sie

---

76) so auch Jeß, Recht 1914/ S. 83.

77) so Jeß, Kiehl, a. a. O.

78) Riehl, Gruchot 60/ S. 833, 834; DJZ. 1913, S. 380; Matthiessen, JW. 13, S. 516; 08 S. 62; Recht 08 S. 670; Planck, § 123, IX, 1, d; Staud.-Riezler, § 123, VI, 3.

behauptet, § 463 Satz 2 habe eine echte vertragliche Grundlage, während die betrügerische Vorspiegelung einer wertsteigernden Eigenschaft nur eine den Vertragsschluß beeinflussende Handlung sei, die lediglich unter dem Gesichtspunkt des Delikts rechtlich beachtlich sei. Daher sagt Matthiessen „Arglist und Vertragshaftung ergeben § 463 Satz 2; bei Fehlen des letzteren ist eine Analogie, nur weil Arglist vorliegt, unmöglich" [79]).

Hält man aber an der oben vertretenen Meinung fest, daß § 463 Satz 2 seinem Grunde nach nicht aus einer Verletzung einer vertraglichen Erfüllungspflicht sich ergibt, sondern aus einem Verschulden bei der Eingehung des Vertrages, und bedenkt man, daß es im Falle der arglistigen Vorspiegelung nicht anders ist, so folgt daraus die Wesensgleichheit beider Tatbestände hinsichtlich ihrer Rechtsnatur. Damit haben die beiden Tatbestände ein wesentliches Element gemeinsam.

Weiter haben sie gemein, daß in beiden Fällen der Käufer eine Kaufsache erhält, die solche Eigenschaften nicht aufweist, die er nach den gesamten Umständen erwarten durfte.

Nun ist umgekehrt zu prüfen, ob beide Tatbestände wesentliche Verschiedenheiten aufweisen, die eine analoge Anwendung unmöglich machen.

Von Matthiessen [80]) wird behauptet, aus der in den Protokollen niedergelegten Meinung ergebe sich die Wesensverschiedenheit beider Tatbestände, da die Kommission ausdrücklich die Ausdehnung des § 463 Satz 2 auf andere Fälle abgelehnt habe. Dem ist aber nicht zuzustimmen. Der abgelehnte Antrag 2 [81]), der nur bei arglistiger Zusicherung den Schadensersatzanspruch geben wollte, spricht nicht, wie Matthiessen meint, gegen den Analogieschluß. Indem die Kommission diesen Antrag ablehnte, gab sie zu erkennen, daß die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestimmt den arglistig eine Eigenschaft der Kaufsache Zusichernden treffen soll. Gleichzeitig folgt daraus, daß man dabei nicht stehen bleiben wollte, sondern jeden eine Eigenschaft Zusichernden auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haften lassen wollte, weil es Treu und Glauben entspräche, daß, wer eine Zusicherung erteilt, uneingeschränkt dafür einstehen müsse [82]). Hieraus ergibt sich, daß sich die Kommission allein mit dem Fall der vertraglichen Zusicherung, nicht auch mit dem der außervertraglichen Vorspiegelung befaßt hat. Daher hat anscheinend die Kommission bei der Beratung an

79) Matthiessen JW. 1913/ S. 516.
80) Matthiessen JW. 1908/ S. 61.
81) Protokolle I, S. 688.
82) Protokolle I, S. 688.

Fälle wie den unsrigen, nicht gedacht, wie m. E. Modestus[83]) richtig bemerkt. Diese Tatsache kann nicht gegen die Wesensgleichheit der beiden Tatbestände sprechen. Denn, wie Modestus richtig ausführt, würde die Rechtswissenschaft wie die Rechtsprechung die ihnen gestellte Aufgabe, das im BGB. gesetzlich niedergelegte Recht auszugestalten, nicht erfüllen, „wenn sie davor zurückschreckten, aus dem Gedankenkreise derjenigen herauszutreten, deren Geistesarbeit wir das BGB. verdanken". Daraus ergibt sich, daß die Protokolle der Wesensgleichheit nicht entgegenstehen.

Planck[84]) macht nun geltend, die Wesensverschiedenheit der beiden Tatbestände ergebe sich daraus, daß § 463 zu einer Steigerung der im § 459 begründeten Haftung führe, während für vorgespiegelte Eigenschaften, abgesehen von der Vorspiegelung selbst, nicht gehaftet werde. Damit wird gesagt, daß die Wesensverschiedenheit darin liege, daß sich § 463 Satz 2 aus der Gewährhaftung ergebe, während für unseren Tatbestand keine Gewährhaftung vorgesehen sei. Es ist richtig, daß § 463 Satz 2 im Zusammenhang mit den §§ 459, 462 steht und daher mit diesen gemeinsame Elemente hat. Das ergibt sich schon aus der Stellung im Gesetz. Andererseits besagt diese Verschiedenheit der beiden Tatbestände nicht etwa, daß sie darum so wesensverschieden sind, daß eine Analogie unmöglich ist. Denn diese setzt voraus, daß sich die Tatbestände in gewissen Elementen unterscheiden, weil sonst keine Lücke vorhanden ist[85]). Nur müssen neben diesen verschiedenen Elementen die gemeinsamen von überragender Bedeutung sein. In unserem Falle haben beide Tatbestände, wie oben gezeigt wurde, wesentliche Elemente gemeinsam. Die Anlehnung des § 463 Satz 2 an die Gewährschaftshaftung schließt auch nicht aus, daß er mit unserem Tatbestand wesentliche Elemente gemeinsam hat. Auch die Gewährhaftung, die, soweit sie sich aus § 459 Absatz 1 ergibt, selbst auf Gesetz beruht, ist der analogen Ausdehnung fähig. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß der Gesetzgeber an Fälle wie den unsrigen, wie oben gezeigt wurde, nicht gedacht hat. Daher begründet der Einwand Plancks keine solche Wesensverschiedenheit, die eine Analogie verbieten würde.

Vor allem wird zur Begründung einer Wesensverschiedenheit der große Unterschied in der Höhe der Haftung in beiden Fällen herangezogen[86]). Es wird vorgebracht, daß die Haftung aus § 463 Satz 2 ihre feste Grenze in dem leicht festzustellenden Wert der normal, d. h. frei von Fehlern, beschaffenen Sache finde. Denn

83) Modestus, Recht 1908, S. 500.
84) Planck, § 463, 8.
85) vgl. oben § 4, I.
86) Wannschaff, S. 69 bis 71.

mehr als die Verschaffung einer fehlerfreien Sache schuldet der Verkäufer nicht. Dagegen sei für die Haftung im Falle der arglistigen Vorspiegelung nach oben keine Grenze gesetzt, wenn das Erfüllungsinteresse gewährt würde. Je nachdem die vorgespiegelte Eigenschaft für den Käufer von Bedeutung sei, steigere sich die Haftung oft ins Unermeßliche. Als Beispiel führt Wannschaff an, daß der Verkäufer eines Bildes dem Käufer vorspiegelt, es handele sich um einen van Dyck. Dieser Fall soll zeigen, wie groß die Haftung des Verkäufers ist. Dabei sieht Wannschaff das Grenzenlose der Haftung darin, daß die Höhe des Kaufpreises nicht entsprechend der vorgespiegelten Eigenschaften bemessen sei. Eine entsprechende Bemessung werde nur im Falle der arglistigen Zusicherung vorgenommen. Darum entspreche dieser Fall (§ 463 Satz 1) dem Umfang der Haftung nach viel eher dem § 463 Satz 2 als unser Tatbestand.

Hierzu ist zu sagen, daß die Beispiele, ihre Richtigkeit unterstellt, geeignet wären, die Wesensverschiedenheit zu beweisen, weil die Auswirkung der beiden Tatbestände verschieden wäre. Allein, wie Wannschaff selbst sagt, kommt es auf die Höhe des vereinbarten Kaufpreises an. Und zwar deshalb, weil je nach der Höhe des Kaufpreises der zu ersetzende Schaden im Vergleich zu dem Gegenwert, den der Verkäufer in Gestalt des Kaufpreises erhält, besonders hoch ist. Der Kaufpreis wird aber im Falle der arglistigen Vorspiegelung gerade im Hinblick auf die vorgespiegelte Eigenschaft hoch bemessen sein. Um bei dem angeführten Beispiel zu bleiben, wird der Kaufpreis der Vorspiegelung entsprechend dem wahren Werte eines van Dyck entsprechen, während der Käufer nur eine Kopie erhält. Denn, wenn die vorgespiegelte Eigenschaft für den Abschluß des Vertrages bestimmend ist, so ist sie es auch für die Höhe des Preises. Entspricht aber der Kaufpreis dem Wert der vorgespiegelten Eigenschaft, so ist der zu ersetzende Schaden nicht unverhältnismäßig hoch. Denn er besteht in der Differenz dessen, was das Bild in Wahrheit wert ist, im Vergleich zu dem vorgespiegelten Werte.

Als Ergebnis dieser Auseinandersetzung können wir festhalten, daß die beiden Tatbestände wesentliche Elemente gemeinsam haben und keine solche Wesensverschiedenheit zwischen ihnen besteht, die eine Analogie verbieten würde.

Nunmehr ist zu prüfen, ob der gesetzgeberische Zweck, der dem § 463 Satz 2 zugrunde liegt, auch auf unseren Tatbestand paßt.

Wie wir im § 6 oben herausgestellt haben, ist der Zweck des § 463 Satz 2 der Schutz des redlichen Rechtsverkehrs. Insbe-

sondere soll die Bestimmung einen Schutz bieten gegen das gefährliche Verhalten des Verkäufers im Geschäftsverkehr.

Wannschaff [87]) behauptet, daß das dem Tatbestand des § 463 Satz 2 zugrunde liegende Verhalten ungleich gefährlicher sei, als das im Falle der arglistigen Vorspiegelung. Die Gefährlichkeit bei dem arglistigen Verschweigen von Fehlern soll darin zu sehen sein, daß dem Käufer solche Mängel verschwiegen werden, deren Nichtvorhandensein er ohne weiteres voraussetzen durfte. Im Falle der arglistigen Vorspiegelung soll es sich dagegen nicht um ohne weiteres vorauszusetzende Eigenschaften handeln. Diese sollen hier ihre Bedeutung nur dadurch haben, daß der Verkäufer sie ausdrücklich hervorhebt. Der Käufer sei hinreichend geschützt, indem er sich die Eigenschaften vertraglich zusichern lassen könne. Dann hafte der Verkäufer aus § 463 Satz 1. Für den Fall, daß sich der Verkäufer zur Angabe der Zusicherung nicht bereit erkläre, wüßte der Käufer, daß die Angaben unwahr wären und brauche sich durch sie nicht bestimmen zu lassen. Wegen dieses besseren Schutzes im Falle der arglistigen Vorspiegelung von Eigenschaften nimmt Wannschaff an, daß das Verhalten des Verkäufers für den rechtsgeschäftlichen Verkehr in diesem Falle erheblich weniger gefährlich sei, als in dem des § 463 Absatz 2.

Dagegen ist zu sagen, daß die Möglichkeit, sich die vorgespiegelte Eigenschaft zusichern zu lassen, noch nicht die Gefährlichkeit der Handlungsweise aufhebt. Einmal wird oft der Verkäufer zur Zusicherung nicht bereit sein, ohne daß darum der Käufer zwingend von der Unwahrheit der Angaben überzeugt sein muß. Das ist namentlich dann der Fall, wenn der Verkäufer ein besonders gefährlicher Betrüger ist und den Käufer zu beschwichtigen versteht, ohne daß dieser das arglistige Verhalten durchschauen kann. Dann aber handelt es sich auch im Falle der arglistigen Vorspiegelung um eine ohne weiteres vorauszusetzende Eigenschaft Kaufsache ebenso wie im Falle des § 463 Satz 2. Da die Grundsätze von Treu und Glauben gelten und die Vertragbeziehungen beherrschen, so muß sich der Käufer darauf verlassen können, daß die Angaben des Verkäufers wahr sind. Daher darf der Käufer die gemachten Angaben als wahr voraussetzen, auch wenn sie ihm nicht zugesichert sind. Daher ist die arglistige Vorspiegelung von Eigenschaften für den Rechtsverkehr ebenso gefährlich, wie das arglistige Verschweigen von Fehlern.

Damit ist dargetan, daß für den Rechtsverkehr die eine Handlung ebenso gefährlich ist wie die andere. Da der Zweck des § 463 Satz 2 ist, den redlichen Rechtsverkehr zu schützen und die

87) Wannschaff, S. 65, 66.

Vertragstreue zu wahren, sagt Modestus: „Nun ist man berechtigt, zu behaupten, daß, wer wider besseres Wissen eine Eigenschaft der Kaufsache vorspiegelt, die Vertragstreue noch gröber verletzt als der, der einen ihm bekannten Fehler nicht anzeigt und darum erscheint es als ein Gebot des Verkehrsbedürfnisses und der Gerechtigkeit, jenen nicht günstiger zu stellen, als diesen" [88]). Ebenso sagen Jeß [89]) und Kiehl [90]), daß es wegen der gleichen Gefährlichkeit der Handlung und der gleichen Verletzung der Vertragstreue dem Grund der Haftung aus § 463 Satz 2 entspricht, daß der eine Eigenschaft arglistig vorspiegelnde Verkäufer ebenso haftet. Nach allem bisher Erörterten kann man sich dieser Meinung voll anschließen.

Damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß der gesetzgeberische Grund der Haftung aus § 463 Satz 2 unseren Tatbestand mitumfaßt.

Nun ist noch zu untersuchen, ob das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend eine entsprechende Anwendung unseres Tatbestandes nach § 463 Satz 2 verbietet.

Es fragt sich zunächst, ob ein Umkehrschluß angewendet werden muß. Ein solcher ist nur erlaubt, wenn irgendwie aus dem Gesetz ersichtlich ist, daß der Gesetzgeber sich beider Tatbestände, d. h. sowohl des gesetzlichen als auch des entsprechend anzuwendenden, bewußt war und ihre Wesensgleichheit gemißbilligt hat. Diese Feststellung ist darum zu machen, weil auf andere Art der Analogie entgegenstehende Wille des Gesetzgebers, auf den sich der Umkehrschluß stützt, nicht feststellbar ist. Mit Rücksicht auf die Sorgfalt, mit der das BGB. ausgearbeitet wurde und im Hinblick darauf, daß die Vorspiegelung von Eigenschaften schon vor 1900 erörtert war, nimmt Wannschaff [91]) an, daß der Gesetzgeber an die arglistige Vorspiegelung gedacht haben muß. Daraus, daß das Gesetz unseren Tatbestand nicht regelt trotz der Kenntnis des Gesetzgebers, schließt Wannschaff weiter, daß der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht habe, daß unser Tatbestand nicht mit der Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung verknüpft werden soll.

Der Begründung Wannschaffs für die Kenntnis der Kommission kann nicht beigestimmt werden. Gerade der Umstand, daß die außervertragliche Vorspiegelung beim Kauf bereits im römischen

88) Modestus, Recht 1908/ S. 500.

89) Jeß, Recht 1914/ S. 81.

90) Kiehl, JW. 1914/ S. 501; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 108, III, 1, c, S. 391.

91) Wannschaff, S. 64, 65.

Recht und auch im ALR. erörtert wurde, spricht gegen die bewußte Nichtregelung dieses Tatbestandes. Denn hätte die Kommission an diesen Tatbestand gedacht, so hätte sie wegen seiner Bedeutung sich eingehend mit ihn auseinandergesetzt. Sie hätte dann ihre Meinung zum Ausdruck gebracht, wie es ihrer Arbeitsmethode entsprach. Daher spricht die Nichterwähnung des Problems dafür, daß die Kommission an diese Frage nicht gedacht hat. Das ist trotz der anerkennenswerten Genauigkeit ihrer Arbeitsweise sehr wohl denkbar. Nach alledem kann die Zulässigkeit eines Umkehrschlusses nicht anerkannt werden.

Da demnach kein Grund ersichtlich ist, der einer entsprechenden Anwendung entgegenstehen könnte, ist vom Standpunkt der Tatbestandsanalogie der Analogieschluß gerechtfertigt.

Vom Standpunkt der Interessenanalogie aus müssen wir die Interessenabwägung im Falle des § 463 Satz 2 betrachten. Danach müssen wir uns fragen, ob der Gesetzgeber den sozialen Interessenkonflikt in unserem Tatbestand ebenso entschieden hätte. Die Fragen sind bereits beantwortet bei der Prüfung des gesetzgeberischen Zweckes des § 463 Satz 2 und der Erörterung der Frage, ob dieser Zweck die entsprechende Anwendung unseres Tatbestandes rechtfertigt. Da § 463 Satz 2 den Schutz des durch das arglistige Verhalten des Verkäufers gefährdeten Käufers bezweckt und der Käufer im Falle der Vorspiegelung von Eigenschaften ebenso schutzlos ist, wie im Falle des § 463 Satz 2, muß man auch vom Standpunkt der Interessenanalogie aus die Wesensgleichheit bejahen.

Als Ergebnis ist demnach festzustellen, daß unser Tatbestand und der des § 463 Satz 2 wesensgleich sind.

§ 8.

Dieses Ergebnis ist von verschiedenen Seiten in der Literatur angegriffen worden mit Gründen, die nicht in der zusammenhängenden Erörterung unterzubringen waren. Daher seien sie jetzt behandelt.

Zunächst behaupten Verschiedene [92]), daß die entsprechende Anwendung des § 463 Satz 2 auf den Fall des arglistigen Vorspiegelns von Eigenschaften zu unerträglichen Ergebnissen führe, weil sie dem Käufer mehr zubillige, als ihm zukomme. Sie sind der Meinung, daß die sinngemäße Anwendung zu einer Art Vertragsstrafe führt. Diese Folgen sollen den Grundgedanken des BGB. widersprechen, das im § 249 den Grundsatz aufgestellt habe, daß nicht mehr als der wirklich entstandene Schaden zu ersetzen sei.

92) Oertmann, § 463, 5, b; Riehl DJZ. 1913/ S. 380.

Aus dem gleichen Grunde wenden sich Haymann[93]) und Wolff[94]) gegen die Zulässigkeit der Analogie. Haymann meint, daß schon der unmittelbare Tatbestand des § 463 Satz 2 auf die Rezeption des von den mit unangebrachten strafrechtlichen Zwecken arbeitenden Kompilatoren falsch übermittelten römischen Rechts zurückzuführen sei. Im klassischen römischen Recht habe ein Unterschied zwischen dem bloßen dictum und dem promissum bestanden[95]). Wegen des dictums habe der Käufer nur das Wandlungsrecht gehabt. Diesen Unterschied behauptet Haymann auch für das BGB. Er begründet dies damit, daß der Begriff der Zusicherung im § 459 Absatz 2 und im § 463 Satz 1 verschieden zu verstehen sei. Im Falle des § 459 Absatz 2 falle unter die Zusicherung das dictum d. h. alle, nach der Verkehrsauffassung ernst zu nehmenden Angaben des Verkäufers, ohne daß es einer Garantie bedürfe. Die Berechtigung für diese Behauptung glaubt Haymann darin zu finden, daß das Kaufrecht des BGB. dem römischen Recht nachgebildet sei. Auch sollen die verschiedenen Rechtsfolgen der beiden Tatbestände dafür sprechen. Von diesem Standpunkt soll sich die Analogie erübrigen, weil dann die Rechtsfolgen des § 462 für unseren Tatbestand eingriffen.

Zu erwähnen sind noch die Vorschläge von Wolff[96]), Cohn[97]) und Matthiessen[98]), die unseren Tatbestand analog der Bestimmung des § 463 Satz 1 anwenden wollen. Sie begründen es damit, daß die Arglist ein Aequivalent zur Zusicherung sei[99]), oder daß der Verkäufer außer für die Garantie, daß die Sache bestimmte Eigenschaften habe, auch für die stillschweigende Garantie seiner eigenen Ehrlichkeit einzustehen habe[100]), oder daß man den Begriff der vertraglichen Zusicherung i. S. des § 463 Satz 1 unter Berufung auf die Protokolle[101]) weiterfassen müsse.

Weiter wird gegen die Zulässigkeit der Analogie vorgebracht[102]), daß sie zu einer Rechtsunsicherheit führe, weil sie die klare Scheidung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung verschiebe. Diese Trennung sei vom Gesetz besonders scharf ge-

---

93) Haymann, Festg. f. RG. III, S. 343.
94) Wolff, Dogm. J. 56/ S. 58.
95) Haymann, a. a. O. S. 336.
96) Wolff, Dogm. 56/ S. 62.
97) Cohn, JW. 1913/ S. 1012.
98) Matthiessen, JW. 08/ S. 62.
99) so Cohn a. a. O.
100) so Wolff a. a. O.
101) so Matthiessen, a. a. O., Prot. I. S. 688.
102) Matthiessen, JW. 1913, S. 516; Goldscheider, Seuff. Bl. 78/ S. 279; Kluckhohn, Bürg. Arch. 40/ S. 202; Fuchs, DJZ. 1914/ S. 913 f.

wollt, was sich aus der Regelung in besonderen Titeln ergebe. Jede Verwischung widerspreche daher der Systematik des Gesetzes.

Riehl [103]) wendet sich sodann gegen den Versuch von Jeß [104]) und Modestus [105]), den Analogieschluß auf 476 BGB. zu stützen. Letztere behaupten, daß der unmittelbare Anspruch aus § 463 Satz 2 auch bei vertraglichen Ausschluß der Gewährshaftung gemäß § 476 gegeben sei, wenn der Verkäufer bei dem Haftungsausschluß arglistig handele. Folglich müsse für eine vertraglich ausgeschlossene, d. h. außervertragliche Versicherung eingestanden werden. Sie stellen daher den Satz auf, daß die Zusicherung einer Eigenschaft, die durch besondere Vereinbarung rechtsunwirksam gemacht wird, zu einer außervertraglichen Versicherung herabsinkt, an die das Gesetz im § 476 die gleiche Rechtsfolge knüpfe, wie an eine vertragliche Zusicherung, die vom Verkäufer nicht gehalten wird. Daraus ergebe sich, daß selbst im Vertragsrecht vertragliche und außervertragliche Tatbestände die gleiche Rechtsfolge haben. Daher widerspreche auch der Analogieschluß nicht der Systematik des Gesetzes.

Gegen diese Meinung richtet sich Riehl. Er will zwei Fälle unterschieden wissen. Einmal den Fall, in dem die Gewährleistung schon beim Abschluß des Vertrages ausgeschlossen ist, und dann den Fall, in dem zunächst eine vertragliche Haftung übernommen ist, später aber eine Ausschließung vereinbart wurde. Nach Riehls Ansicht fällt der erste Fall nicht unter § 476. Hier entstehe von Anfang an eine außervertragliche Versicherung. Wenn aber eine vertragliche Gewährshaftung nicht entstanden wäre, so könnte auch nie ein Mangel vorliegen und folglich sei ein Ausschluß der Haftung für solche nicht vorhandene Mängel widersinnig. In dem Falle, in dem zunächst eine vertragliche Haftung übernommen wurde, dann aber nachträglich der Ausschluß vereinbart wurde, wobei der Verkäufer arglistig handelte, entstehe gemäß § 476 keine außervertragliche Versicherung. Daher könnte eine solche auch nicht kraft einer Fiktion einer vertraglichen gleichbehandelt werden". Denn der nachträgliche arglistige Ausschluß der Gewährshaftung für die ursprünglich abgegebene vertragliche Zusicherung läßt eben, weil er gemäß § 476 nichtig ist, die vertragliche Zusicherung in ihrer rechtlichen Wirksamkeit ganz unberührt. Sie sinkt nicht um eines Augenblickslänge zur Bedeutung einer außervertraglichen Zusicherung herab" [106]).

---

103) Riehl, Gruchot, 60/ S. 834 ff; Recht 1914/ S. 473.
104) Jeß, Recht 1914/ S. 83.
105) Modestus, Recht 1908/ S. 500.
106) so Riehl, a. a. O.

§ 9.

Prüfen wir zunächst die Frage, ob die Analogie zu einer Art Vertragsstrafe führt, die den Grundgedanken des BGB. widerspricht. Diesen Behauptungen kann man zunächst den Satz Haymanns entgegenhalten [107]): „Es ist eigentümlich, daß die Gegner des RG. es gar nicht merken, daß die Argumente, die sie gegen die Analogie vorbringen, genau die gleiche Durchschlagskraft für den unmittelbaren Tatbestand des § 463,2 besitzen". Diese Argumentation scheint Riehl und Oertmann schon zu widerlegen. Allein, wie oben gezeigt wurde, sind für den § 463 Satz 2 keine Strafzwecke maßgebend. Vielmehr tritt die strenge Haftung zum Schutze des redlichen Rechtsverkehrs ein. Was für den § 463 Satz 2 gilt, muß auch für den Tatbestand gelten, den wir diesem entsprechend behandeln wollen. Daher können diese Bedenken nicht durchgreifen.

Auch die Ausführungen Haymanns lassen sich vom Standpunkt des BGB. nicht halten. Bezüglich der Zusicherung im § 459 Absatz 2 sagen die Motive [108]) ausdrücklich, daß es sich hier um ein Garantieversprechen, demnach ebenso wie im § 463 Satz 1, handele. Auch die Protokolle [109]) sprechen dagegen. Man könnte höchstens annehmen, daß sie den Begriff der Zusicherung weiter als ein Garantieversprechen fassen wollten. Keinesfalls wollten sie die Zusicherung im § 459 Absatz 2 und im § 463 Satz 1 verschieden behandelt wissen, was Haymann selbst zugibt und bekämpft [110]). Darauf, daß § 459 und § 463 verschiedene Rechtsfolgen haben, läßt sich Haymanns Meinung nicht stützen, weil beide Tatbestände auch verschiedene Voraussetzungen haben. Nach § 463 Satz 1 ist Voraussetzung, daß die zugesicherte Eigenschaft bereits bei Abschluß des Vertrages nicht bestand, was nach §§ 459 Absatz 2, 462 nicht nötig ist. Auch ist es nicht verständlich, warum der Gesetzgeber bei der Regelung der gleichen Marterie, der Sachmängelhaftung, kurz nach einander den gleichen Ausdruck in verschiedener Bedeutung gebraucht, ohne hervorzuheben. Demnach ist festzuhalten, daß das BGB. nur einen Begriff der Zusicherung kennt. Und dieser Begriff kann nur i. S. einer vertraglichen Garantie verstanden werden. Die Protokolle [111]) sind nicht klar gefaßt. Die Motive [112]) ergeben dies aber eindeutig [113]).

107) Haymann, Festg. f. RG. III/ S. 343.
108) Motive, II, S. 225.
109) Protokolle, I, S. 688.
110) Haymann, a. a. O. / S. 336.
111) Protokolle I, S. 688.
112) Motive II, S. 225, 228.
113) so a. d. h. M.: RGZ. 54/223; 134/83 (85); Staud.-Kob. § 459, 5, 1, S. 135; RGR. Komm. § 459, 5, b; Planck, § 459, 2, a; Oertmann, § 459, 2, c.

Damit erledigen sich auch die Gegenvorschläge von Wolff und Matthiessen. Hierbei ist noch zu beachten, daß eine analoge Anwendung des § 463 Satz 1 auf unseren Tatbestand schon darum nicht möglich ist, weil beide Tatbestände wesensverschieden sind. Denn § 463 Satz 1 ist seiner Rechtsnatur nach ein reiner — und nicht nur ein fiktiver — vertraglicher Anspruch, während unser Tatbestand ein außervertraglicher ist.

Auch die Hervorhebung der Systemwidrigkeit wegen der Verwischung der Scheidung zwischen Vertrags -und Deliktsansprüchen kann die Zulässigkeit des Analogieschlusses nicht beeinträchtigen. Da die unmittelbare Gesetzesbestimmung selbst eine außervertragliche ist, kann die Analogie nicht systemwidrig sein.

Die Frage, ob man zur Begründung der Analogie den § 476 heranziehen kann, ist m. E. haltbar und logisch von Riehl beantwortet worden. Denn wenn bestimmt ist, daß der nachträgliche Haftungsausschluß wegen der Arglist nichtig ist, so lebt die vertragliche Haftung wieder auf, ohne daß eine außervertragliche eintritt. Auf § 476 kann man daher die Analogie nicht stützen. Dieses Ergebnis vermag jedoch den bisher begründeten Analogieschluß nicht umzustoßen, es ist für die Frage der Zulässigkeit der Analogie in unserem Falle belanglos.

§ 10.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß trotz der vielen Bedenken die überwiegenden Gründe dafür sprechen, den fiktivvertraglichen Rechtssatz des § 463 Satz 2 auf den Tatbestand der arglistigen Vorspiegelung von werterhöhenden Eigenschaften der Kaufsache durch den Verkäufer im Wege der Analogie zu erstrecken [114]).

---

114) so auch das RG. in ständiger Rechtsprechung: RGZ. 63/ S. 110 (113); 66/ S. 335 (338); 83/ S. 241 (243); 92/ S. 295; 96/ S. 156; 99/ S. 121; 103/ S. 154 (160); 132/ S. 76 (78); RG. JW. 07/ S. 670; 09/ S. 309; 12/ S. 137, 10; 12/ S. 200, S. 742; 13/ S. 198, 684; 14/ S. 75; RG. Warn. 10/ Nr. 383; 13/ Nr. 87, 282; 14/ Nr. 285; 15/ Nr. 74; 20/ Nr. 2; 22/ Nr. 40 (S. 45, letz. Abs.); RG. Gruch. 55/ S. 347 (350); HRR. 33/ Nr. 11; RG. Recht 19/ Nr. 20, 99; 20/ Nr. 612; RG. LZ. 16/ 223; 15/ S. 126; Seuff. Arch. 66/ Nr. 201; 70/ Nr. 89; s. a. OLG. 18/ S. 61, OLG. Kiel, Seuff. Arch. 67/ S. 358. Allerdings enthalten die Entscheidungen keine Begründung.

In der Literatur bejahen die Analogie: RGR. Komm. § 463, 5; Warn. Komm. § 463, VI; Staub-Heinich. § 377 HGB. Anm. 86; O. von Gierke § 194, Anm. 43; Ennecc.-Lehmann § 108, III, 1, c, S. 391; Schneider, Bürg. Arch. 39/ S. 1 f; Jeß, Recht 14/ S. 81; Kiehl, JW. 14/ S. 497 f; Modestus Lipsiensis, Recht 08/ S. 500, 739.

Literatur-Verzeichnis.

Anschütz: Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, Verw. Arch. 14/ S. 315 ff.

Bierling: Prinzipienlehre, IV.

Cohn: Zur Auslegung der §§ 463, 459, 249, 826 BGB. in JW. 1913/ S. 1010 ff.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes, 18. Auflage, Wien 1924.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. in Gruchot, 43/ S. 105 ff.

Elze: Lücken im Gesetz, Dissertation, Halle-Wittenberg, 1913.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einleitung, allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, Marburg 1931.

Fuchs: Der Analogieschluß aus § 463 Satz 2 BGB. in DJZ. 1914/ S. 913 ff.

Geppert: Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsschluß, Dogm. J. 64/ S. 458 ff.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht Bd. III. Schuldrecht, München und Leipzig 1917.

Goldscheider: Der Schadensersatz bei arglistiger Täuschung beim Abschluß von Verträgen, Seuff. Bl. 78/ S. 273 ff.

Haymann: Fehler und Zusicherung beim Kauf, Festgabe für das RG., Bd. III, Berlin und Leipzig 1929. Anmerkung zu RG. im JW. 1932/ S. 1862. h.

Heck: Problem der Rechtsgewinnung, Arch. f. Ziv. Prax. 112/ S. 1.

Jeß: Ueber den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB., in Recht 1914/ S. 81 ff.

Jhering: Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Dogm. J. 4/ S. 1 ff.

— — : Zweck und Recht.

Kiehl: Zu einigen Streitfragen beim Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, JW. 1914/ S. 497 ff.

Kluckhohn: Zur Haftung des schadensersatzberechtigten, betrogenen Käufers, Bürg. Arch. 40/ S. 202.

Kunkel: Römisches Privatrecht, 2. Auflage, Verlag Springer, 1935.

— — : Zeitschrift der Savigny-Stiftung 46/ S. 285 ff.

Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß. Berlin 1910.

Matthiessen: Zur Rechtsprechung des RG. über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung, JW. 1908/ S. 60 ff.

Matthiessen: Zur analogen Anwendung des § 463 BGB., JW. 1913/ S. 516.
— — : Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer, Recht 1908/ S. 670.
Modestus-Lipsiensis: Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer, Recht 1908/ S. 500, 739.
Mommsen: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, 1. und 2. Heft.
Oertmann: Der gewöhnliche Handelskauf, Ehrenbergs Hdb. Bd. 4, 2/S. 1918.
— — : Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.
— — : Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1928.
Plank: Kommentar z. BGB. und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Recht d. Schuldverh. 2. Bd., 1. Hälfte, herausgeg. von Dr. Strohal, erl. v. Dr. Siber, 14. Aufl. Berlin 1914.
— — : Kommentar z. BGB. und seinen Nebengesetzen, herausgeg. von Dr. Strohal, erl. von Dr. Knoke, Dr. Flad, Dr. Sprecher, 1. Bd., allg. Teil, 4. Auflage, Berlin 1913.
— — : Kommentar z. BGB. nebst Einführungsgesetz, herausgegeben von Dr. Strohal, erl. von Dr. Siber, 2. Bd., 2. Hälfte, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1928. W
Regelsberger: Pandekten, I, 1893.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das BGB. mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG. Bd. I, allg. Teil, Recht der Schuldverh. I (allgem. Teil) bearb. von Dr. Bessau, Dr. Oegg, Sayn, Michaelis, 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1934.
— — : Das BGB. mit bes. Berücksichtigung der Rechtspr. des RG. 2. Bd.: Recht der Schuldverh. II (einzelne Schuldverh.), bearb. von Dr. Lobe, Dr. Oegg, Schliewen, Seyffarth, 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1934.
Riehl: Arglistige Vorspiegelungen bei Gelegenheit des Kaufabschlusses und positives Vertragsinteresse, Recht 1914/ S. 469 ff.
— — : Ein unbefriedigender Rechtszustand auf dem Grundstücksmarkt, DJZ. 1913, S. 377 ff.
— — : Die Arglist bei Vertragsschluß unter bes. Berücksichtigung der Arglist des Vertreters, Gruchot 60/ S. 830 ff.
Schneider: Ueber die Haftung des Verkäufers bei arglistiger Täuschung über Sachmängel, Bürg. Arch. 39/ S. 1 ff.
Stampe: Rechtsfindung durch Konstruktion, DJZ. 1905/ S. 417, 713, 713, 1017.
Staub: Komm. z. HGB. bearb. von Dr. Heinichen, Dr. Gadow, 14. Aufl., Bd. 4. §§ 376—473, Berlin und Leipzig 1933.
Staudinger: Komm. z. BGB. und Einführungsgesetz, Bd. 1, allg. Teil, erl. von Dr. Loewenfeld und Dr. Riezler, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig, 1925.
— — : Komm. z. BGB. und Einführungsgesetz Bd. II, Recht der Schuldverh. I. Teil, erl. von Dr. Werner, 9. Auflage, Berlin, München und Leipzig, 1930.
— — : Komm. z. BGB. und Einführungsgesetz, Bd. II, Recht der Schuldverh., II. Teil, erl. v. Dr. Kober, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1928.

v. Tuhr: Der allgem. Teil des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Hälfte: die rechtserheblichen Tatsachen, insbesond. das Rechtsgeschäft. München und Leipzig 1914.
Wannschaff: Zur analogen Anwendung des § 463, 2 BGB. auf d. Fall der argl. Vorspiegelung von Eigensch. der Kaufsache. Dissertation. Göttingen 1928.
Warneyer: Komm. z. BGB. Bd. I, Tübingen 1930.
Wolff, Max: Sachmängel beim Kauf, Dogm. J. 56/ S. 1 ff.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgeg. v. Dr. Kohler und Ring, Dr. Ortmann, Berlin.
Archiv für die zivilistische Praxis. Herausgegeben von Blume, Heck, Rümelin, A. Schmidt, Professoren der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen.
Deutsche Juristenzeitung, herausgeg. von Dr. Laband, Dr. Hamm, Dr. Heinitz, Verlag Otto Liebmann, Berlin.
Entscheidungen des RG. in Zivilsachen, herausgeg. von Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft.
Gruchot, Beiträge z. Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgeg. von Predari, Dr. Küntzel, Dr. Eccius, Berlin.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgeg. von Predari, Dr. Schlegelberger, Dr. Martin Wolff, Berlin.
Höchstrichterliche Rechtsprechung, vereinigte Entscheidungssammlungen, herausgeg. von Friedrichs, Dr. Freisenberger, Mukdan, Berlin.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgeg. von Ehrenberg, Mittheis, Silber, Jena.
Juristische Wochenschrift, herausgeg. vom Deutschen Anwaltverein, Berlin.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. I, Bd. II. Amtl. Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. im Auftrage des Reichsjustizamts. Bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard und Dr. Spahn, Bd. I, Berlin 1897.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgeg. von Dr. Soergel, München, Hannover.
Die Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiet des Zivilrechts. Herausgeg. von Falkmann und Mukdan, Leipzig. W
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, herausgeg. v. Schütt, München und Berlin.
Dr. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, herausgeg. v. Dr. Kober und Dr. Engelmann, Nürnberg.
Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, herausgeg. v. Dr. Schultzenstein und Keil, Berlin W 8, Carl Heymanns Verlag.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, A. Zivil-, Handels-, und Prozeßrecht, herausgeg. v. Dr. Warneyer, Leipzig.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, herausgeg. von Leoy, Rabel, Heymann, Stutz, Teine, Romanistische Abteilung, Weima-.